جامعة الجزائر (1)
كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة والقانون

رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية
تخصص: أصول الفقه

من إعداد الطّالب
سعيد قاضي

السنة الجامعية:
1431 – 1432 هـ / 2010 – 2011 م

جامعة الجزائر (1)

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة والقانون

رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

إعداد الطالب:

سعيد قاضي

تحت إشراف:

أ. د. بلقاسم أعراب

أعضاء لجنة المناقشة:

أ. د. **كمال بوزيدي**، ....رئيسًا؛

أ. د. **بلقاسم أعراب**،... مقررًا؛

د. **نور الدين بوحمزة**،..عضوًا؛

د. **أحمد بلوذنين**،..عضوًا.

السنة الجامعية:

1431 – 1432 هـ / 2010 – 2011 م

بسم الله الرحمن الرحيم

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ت : تاريخ الوفاة.

ج : الجزء.

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ح.ر : حديث رقم.

د.ب : دون ذكر البلد.

د.س : دون ذكر السنة.

د.ط : دون الطبعة.

د.ن : دون ذكر الناشر.

د.ن.ب.ط.س : دون ذكر الناشر، البلد، الطبعة والسنة.

ص : الصفحة.

ط : طبعة.

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

م : المادة.

م.ق.ع.م.أ.ش : مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.

مج : مجلد.

هـ : هامش.

ج.ر.ج.ف : الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية.

باللغة الفرنسية:

Art. :**A**rticle
CCF : **C**ode Civil Français
éd. : **E**dition
p : **P**age
P.U.F : **P**resses **U**niversitaires **F**rançaises
S : **S**uite

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله الذي علّم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، رفع درجة العلم والعلماء فقال: ﴿ **يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ** ﴾ المجادلة: 11. والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، المبعوث رحمة للعالمين، قدوة المعلمين والمربين، الذي قال: « **من سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له طريقا إلى الجنة، ...** ».

إنّ الزواج مطلب فطري، وسبيل المرسلين ﴿ **وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجاً وَذُرِّيَّةً...** ﴾ الرعد: 38، وهو سنة الله في الخلق ﴿ **وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ** ﴾ الذاريات: 49. ومن هنا، كان الحق في الزواج وبناء الأسرة، بلغة العصر، حقا أساسيا من حقوق الإنسان، أكدته كل المواثيق الدولية، والدساتير والتشريعات الوطنية.

ويعود للشريعة الإسلامية فضل السبق في وضع تصور شامل ومتكامل للزواج، وذلك بالحث عليه، ونبذ الرهبنة وحياة العزوبة، واعتباره عقدا يقوم على أركان وشروط، كغيره من العقود. وأحاطته بسياج منيع من الأسس والأحكام الخاصة الكفيلة بحمايته وتحقيق المقاصد العليا التي شرع من أجلها، وفي مقدمتها تحصين الشباب، وإشاعة روح السكن والمودة والرحمة بين الزوجين، وتوفير أسباب الاستقرار والسكينة للأسرة والمجتمع، والعزة والكرامة للأمة. ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ الروم: 21.

وفي مقدمة هذه الأسس والأحكام أن اعتبرت الشريعة الغراء عقد الزواج عقدا رضائيا بامتياز، ينشأ منذ اللحظة الأولى على أساس التراضي الكامل بين الخاطب والمخطوبة، بعيدا عن كل أشكال الضغط والإكراه.

غير أن واقع الزواج في المجتمع الجزائري، كغيره من المجتمعات العربية والإسلامية، كثيرا ما يحيد عن هذا الأساس المتين في إنشاء عقد الزواج، خاصة في الأرياف والمناطق النائية، حيث تحلّ العادات والأعراف الفاسدة محل أحكام الشرع الحنيف، فلا تقيم هذه الأعراف للرضا في الزواج وزنا، ولا تعرف له قدرا، في جانب المرأة على وجه الخصوص.

فتارة تُكره على الزواج بشخص لا تريده ولا تميل إليه، بل قد تكرهه ولا تطيق معاشرته، وهذا ما يسمّى في لغة الفقهاء "الإجبار على الزواج"، وتارة أخرى يتقدم إليها خاطب كفء ذو دين وخلق، فتقبله، وترغب فيه، وقد تتعلق به، فيقابله الولي بالرفض، ويمتنع عن تزويجه بغير مبرر شرعي، وهذا ما يسمى عند الفقهاء "العضل في الزواج".

وكثيرا ما يكون الدافع إلى هذا السلوك السلبي من الولي، هو الجهل بأحكام الشرع وهديه في المسألة، وسوء تقدير لمصلحة المولّى عليها، ولكن إلى جانب ذلك، كثيرا ما تكون أنانية الولي وطمعه في متاع الدنيا، هو الدافع الأساس.

وأسوأ من ذلك وأبشع، أنّ الكثير من الأولياء، إنما يمارسون سلطة الإجبار والعضل في حق المرأة باسم الإسلام وشريعته، ويجدون في بعض الآراء الفقهية ملاذا يلجئون إليه لتبرير تسلطهم وظلمهم للمرأة المولّى عليها في أدق أمورها الخاصة.

ولكَمْ كان الأمل معقودا على صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 لوضع حد لظاهرتي الإجبار والعضل اللتين طالتا شريحة عريضة من الفتيات الجزائريات ولا تزال، وبأشكال وصور مختلفة، في عزّ القرن الواحد والعشرين!!

ولقد تضمن هذا القانون، بالفعل، موادا واضحة وصريحة، عالجت موضوعي الإجبار والعضل معالجة شاملة وشافية، تتماشى وتتوافق ومقاصد الشريعة من تشريع الزواج، والراجح من آراء الفقهاء، إلى حد بعيد.

غير أنّ تعديل قانون الأسرة سنة 2005، جاء مخيبا للآمال، خاصة بالنسبة لأصحاب الاختصاص والمهتمين بشؤون الأسرة، حيث جاء بنتائج عكسية للتي كانت

مرجوة منه، وذلك في أغلب المواد المعدّلة، خاصة تلك المتعلقة بأركان عقد الزواج، ومكانة الولي ووظيفته، مما انعكس سلبا على موقف هذا القانون من إجبار الولي لموليته وعضله لها.

وهكذا، تظافرت ثلاثة عوامل أساسية وتكاملت، دفعتني لاختيار موضوع رضا المرأة في الزواج والبحث فيه، وبلورت في ذهني إشكالية الموضوع وجوهره.

أ – لقد حررت الشريعة المرأة من قيود الجاهلية وظُلمتها، ورفعت مكانتها عاليا من حيث كرامتها الإنسانية، ومنزلتها الاجتماعية وأهليتها القانونية، فحررت إرادتها في مجال التعاقد بوجه عام، واشترطت رضاها الصريح التام لانعقاد العقود المالية وإنتاج آثارها الفقهية والقانونية، وهذا باتفاق جماهير الفقهاء.

فهل ينطبق هذا الأمر على رضا المرأة في عقد الزواج؟ أم أنّ هذا العقد من نوع خاص لا يشترط لانعقاده وصحته رضا المرأة؟

ب – وماذا عن الآراء الفقهية المذهبية التي تجيز للولي إجبار المرأة العاقلة البالغة الرشيدة على الزواج بشخص لا ترضاه ولا تطيق معاشرته؟

وماذا عن العقليات المتحجرة، والأعراف الفاسدة التي تطلق العنان لسلطة الولي في التصرف في مستقبل حياة موليته والتحكم في مشاعرها، فهو الذي يختار لها، وهو الذي ينظر لها، وهو الذي يتنفس مكانها!!

وكل ذلك بدعوى جهلها بمصالحها كونها أنثى لا تخالط الرجال ولا تعرف حقيقتهم.

جـ – وبعد هذا وذاك، فهل حقق قانون الأسرة الجزائري، الذي طال انتظار صدوره إلى سنة 1984، الحماية القانونية اللازمة لإرادة المرأة وحريتها في اختيار شريك حياتها؟

وهل جاء تعديل هذا القانون سنة 2005 بجديد يذكر يدعم هذه الحماية ويؤكدها، ويسير بالأسرة الجزائرية نحو مستقبل أمثل؟!

ولمعالجة هذه الإشكالية، درست الموضوع وبحثت فيه من خلال خطة مناسبة – في تقديري – تستجيب لعنوان البحث "رضا المكلّفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري". ولقد ترددت عند ضبط عنوان هذا البحث وتحديد مجاله، بين مصطلح "الفقه الإسلامي" باعتباره ثمرة الاجتهاد البشري في التوصل إلى الأحكام الشرعية العملية، وبين مصطلح "الشريعة الإسلامية" بما تعنيه من عصمة وثبات باعتبار أن مصدرها هو الوحي الأمين.

ولقد اهتديت في آخر المطاف إلى ترجيح مصطلح "الشريعة الإسلامية" وذلك لسببين: الأول: كون مصطلح "الشريعة الإسلامية" يتسع – إلى جانب الأحكام الاعتقادية والأحكام الأخلاقية – للأحكام الفقهية (العملية) التي هي، بطبيعتها، مجال اختلاف الفقهاء من حيث دلالتها على الأحكام وتطبيقها على واقع المجتمع أخذا في الاعتبار تغير ظروف الزمان والمكان والأحوال. الثاني: كون الأحكام الفقهية، المتفق فيها والمختلف فيها، لا يمكن سلخها وفصلها عن إطارها العقائدي والأخلاقي، باعتبار الشريعة الإسلامية كلا لا يقبل التجزئة: أحكام اعتقادية، أحكام أخلاقية وأحكام فقهية.

وقد راعيت في هذه الخطة – قدر الإمكان – ما ينبغي مراعاته في خطة أي بحث أكاديمي انطلاقا من مبدأ نسبية الخطة، باعتبارها وسيلة تخدم الموضوع، وليست غاية في حد ذاتها.

فبعد المقدمة، عقدت فصلا تمهيديا، تناولت فيه من الأفكار والمسائل، ما بدا لي خادمًا لموضوع البحث وممهدًا له، دون أن يكون جزءا جوهريا فيه.

تعرضت فيه لبيان معالم مبدأ الرضا في العقود في الشريعة الإسلامية بوجه عام، ومدى انطباقه على عقد الزواج. وقسمت هذا الفصل إلى مبحثين، تناولت في الأول تأصيل مبدأ الرضا في العقود في الشريعة الإسلامية، وفي المبحث الثاني تناولت مفهوم الرضا وعيوبه، فبيّنت مفهوم الرضا عند الحنفية باعتبارهم يميزون بين الرضا والاختيار ويرتبون على هذا التمييز آثارا هامة، منها تقسيم العقد عندهم، بما في ذلك عقد الزواج، إلى عقد صحيح وعقد فاسد وعقد باطل، ومنها كذلك تصحيح عقد زواج

المكره. ثمّ وضحت مفهوم الرضا عند الجمهور الذين يعتبرون الرضا والاختيار مترادفين، وقسموا العقد بناء على ذلك إلى صحيح وباطل، بما فيه عقد الزواج، ولم يصححوا عقد زواج المكره. ثم انتقلت إلى بيان عيوب الرضا بيانا تدريجيا من ألأخف نحو الأشد، فبدأت بالغلط، ثم الخلابة (التدليس)، انتهاءً بالإكراه باعتباره اشد العيوب تأثيرا في الرضا عند التعاقد. ولأجل ذلك رتب جمهور الفقهاء حكم البطلان على كل زواج ينعقد تحت تأثير الإكراه.

أما صلب الموضوع وجوهره، فقسمته إلى بابين، وكل باب إلى فصلين، وكل فصل إلى مبحثين، وكل مبحث إلى مطالب.

ففي الباب الأول، حدّدت مجال البحث ونطاقه، وحصرته في رضا المرأة المكلّفة دون سواها، ذلك أنه لا يمكن الكلام، شرعا وقانونا، عن رضا غير البالغة، وهي الصغيرة، أي القاصرة، ولا غير العاقلة، وهي المجنونة ومن كانت في حكمها، لأن أهلية الأداء عند الأولى ناقصة، وعند الثانية معدومة.

وبناء على هذا الحصر لموضوع البحث ومجاله، خصصت الفصل الأول لتحديد مفهوم المكلفة التي يشترط رضاها لانعقاد الزواج وصحته، وذلك من خلال بيان شروط التكليف، ومعرفة حد البلوغ الشرعي، إما بظهور العلامات الطبيعية، أو تحديدا بالسن، ثم ناقشت موقف قانون الأسرة الجزائري من تحديد أهلية الزواج للفتاة والفتى على حدٍّ سواء.

أما الفصل الثاني من الباب الأول، فبينت فيه أنّ المكلّفة قد تكون بكرا وقد تكون ثيّبا، ونظرا لما لهذا التمييز من أهمية بالغة من حيث الآثار الفقهية المترتبة عليه، فقد حدّدت – على ضوء آراء الفقهاء – مفهوم البكر، ومفهوم الثيب، وناقشت الحالات المختلف فيها بين الفقهاء، ورجحت ما بدا لي راجحا.

ولم تفتني الإشارة إلى شيوع عملية رتق غشاء البكارة، أو ما يسمى عند بعض المختصين عملية الرتق العذري، في عصرنا، وما يترتب عليها من أثر واضح في المفهوم التقليدي للبكارة والثيوبة، ومن ثم، في تحديد مفهوم البكر والثيب.

أما الباب الثاني من هذا البحث، فخصصته للإجبار والعضل وأثرهما في رضا المكلّفة في الزواج. تناولت الإجبار في الفصل الأول، من حيث مفهومه، ومدى جواز إجبار المكلّفة البكر على الزواج، وتناولت بالبيان والمناقشة آراء الفقهاء في الموضوع وأهم ما استندوا إليه من أدلة نقلية وأدلة عقلية، ورجحت رأي الحنفية ومن معهم، القائل بعدم جواز إجبار المكلّفة على الزواج، بكرا كانت أو ثيبا، ثم ختمت الفصل ببيان موقف قانون الأسرة في الموضوع ومناقشته.

أما الفصل الثاني، من الباب الثاني، فخصصته لعضل الولي، بيّنت فيه مفهوم العضل في الزواج، وأهم أحكام العضل في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري. وركزت على توضيح الفرق بين عضل الولي وامتناعه عن تزويج موليته من كُفئها من غير مبرر شرعي، واعتباره ظلما يجب منعه ورفعه، وبين حق الولي في الاعتراض على زواج موليته من غير كفئها، واعتباره حماية لها وحرصا على مصلحتها.

هذا، وناقشت آراء الفقهاء في المسائل الخلافية، وكذلك موقف قانون الأسرة، ورجحت ما تدعو الأدلة إلى ترجيحه.

وفي خاتمة هذه الدراسة قدمت خلاصة بأهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، وعزّزتها بجملة من الاقتراحات الكفيلة بتأكيد مبدأ حرية المرأة المكلّفة في اختيار شريك حياتها، باعتباره حقًّا أساسيا من حقوقها الطبيعية والشرعية، وحمايته من جميع أشكال الاعتداء وفي مقدمتها تسلط الولي إجبارا وعضلا.

وقد اتبعت في دراستي هذه منهجا تأصيليا تحليليا ومقارنا، راعيت فيه ما يلي:

1 – حصر مجال الدراسة الفقهية في المذاهب الأربعة، دون غيرها، مع الإشارة في الهامش إلى موقف المذهبين الإباضي والظاهري، في أمهات المسائل.

2 – نقل آراء المذاهب الأربعة من مصادرها الأصلية، مع الإشارة إلى الخلاف داخل المذهب عند الاقتضاء، وبيان الراجح فيه.

3 – عند التعرض لمسألة فقهية أبدأ بتأصيلها وذكر دليلها من الكتاب والسنة، والإجماع والمعقول. أما إن كانت مسألة فقهية خلافية عند أئمة الفقه، أذكر الآراء المختلفة في المسألة مع ذكر أهم أدلتها، ثم أبين رأيي الخاص فيها، مرجحا ما يظهر لي من الأدلة راجحا.

4 – مراعاة الدقة والأمانة العلمية في نقل الآراء، والأقوال، والأفكار.

5 – تخريج الأحاديث والآثار والحكم عليها معتمدا في ذلك على الكتب القديمة في الموضوع التي توفرت لي، وهي مؤلفي الحافظ بن حجر: "تلخيص الحبير" و"الدراية في تخريج أحاديث الهداية" وكتاب "نصب الراية" للزيلعي. فإن لم أجد في هذه الكتب الثلاثة حاجتي، أرجع إلى مؤلفات الشيخ ناصر الدين الألباني، كإرواء الغليل، وغيرها.

6 – توضيح موقف قانون الأسرة الجزائري في الموضوع، قبل التعديل وبعده، وتحليله، ثم مناقشته وتقديره.

والله المستعان، فهو ولي التوفيق، والهادي إلى سواء السبيل.

فصل تمهيدي

مبدأ الرضا في العقود في الشريعة الإسلامية

إذا كان الفكر القانوني المعاصر قد كرس مبدأ الرضا في العقود، فإنّ الفقه الإسلامي قد أقرّ هذا المبدأ منذ نشأته، وجعله أساسا لإبرام جميع العقود وإنتاج آثارها الفقهية المختلفة والتي تدور أساسا حول فكرة الحقوق والواجبات المتبادلة بين المتعاقدين(1).

إنّ هذا المبدأ في حقيقة الأمر يشكّل نظرية متكاملة تناولها الفقهاء المعاصرون في مؤلفاتهم وأبحاثهم، غير أنّ الذي يهم في هذه النظرية، إنما هو القدر الذي يخدم جوهر هذا البحث ويمهّد له، وهذا القدر يمكن حصره في فكرتين جوهريتين: تأصيل مبدأ الرضا في العقود بصفة عامة وفي عقد الزواج بصفة خاصة (المبحث الأول)، الرضا، مفهومه وعيوبه (المبحث الثاني).

المبحث الأوّل

تأصيل مبدأ الرّضا في العقود بصفة عامة وفي عقد الزواج بصفة خاصة

يتّضح مجال إعمال مبدأ الرّضا في العقود بصفة عامة، من خلال ما أقرّته الشريعة الإسلامية من مبادئ تشريعيّة عامة، من أهمها: الأصل في العقود الإباحة (المطلب الأول)، اتّساع دائرة الاشتراط في العقود (المطلب الثاني)، اعتبار الرّضائية أساسا في انعقاد العقود (المطلب الثالث).

وفيما يلي، أتناول هذه المبادئ الثّلاثة في ثلاثة مطالب، ثمّ أخصّص مطلبا رابعا لبيان مدى انطباق مبدأ الرّضائية على عقد الزّواج.

---

1 – انظر: أ – النّاهي، صلاح الدّين، النّظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة أسعد، بغداد، (د.ط) 1968، ص 297.

ب – القرّة داغي، علي محي الدّين، مبدأ الرّضا في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه نوقشت في كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1985، ص 1208.

المطلب الأوّل

الأصل في العقود الإباحة

إنّ الدّارس لأحكام العقد في الفقه الإسلامي من خلال الكتب الفقهيّة القديمة، لا يجد نظريّة عامة للعقد مثلما يعرفها القانون الوضعي المعاصر، وإنّما يجد عقودا مسمّاة[1] يذكرها الفقهاء عقدًا تلو الآخر دون الاستناد إلى أساس منطقي واضح في ترتيبها. حتّى إنّه ليظن أنّ الفقه الإسلامي لا يعرف غيرها من العقود، وأنّ أي اتّفاق تعاقدي لا يدخل تحت هذه العقود يكون باطلا تنبذه أحكام الفقه الإسلامي.

غير أنّه بإمعان النّظر في هذا الفقه، فإنّ الباحث يجد فيه من الأصول والقواعد الكليّة ما يشكّل الإطار العام لنظريّة العقد. من هذه القواعد والأصول قاعدة الرّضا وطيب النّفس، قاعدة حسن النّية، اعتبار العرف الصّحيح والعادات السّليمة كأساس لتحديد الالتزامات، وقاعدة حرّية التّعاقد[2].

ولقد اعتبر الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي، الأصل في إبرام العقود الإباحة لا الحظر، ما لم يرد من الشّارع ما يمنعها. ويمثّل هذا الاتجاه جماهير علماء المسلمين، وفي مقدّمتهم الحنابلة، أكثر الفقهاء توسيعا في حرية التّعاقد والاشتراط[3].

ولقد عبّر الأستاذ العلاّمة السّنهوري، عن هذا الاتّجاه الغالب في الفقه الإسلامي

---

1 – العقود المسماة هي العقود التي أقرّ لها التّشريع أسماءً وأحكاما خاصة بها – كعقد البيع والإجارة والزّواج... الخ. أمّا العقود غير المسمّاة فهي تستجد وتنشأ تبعا للحاجة ولم تكن موجودة ومستقرّة من قبل، والتي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها ولم يرتّب التّشريع أحكاما لها. لمزيد من التّفصيل انظر: بدران، أبو العينين بدران، الشّريعة الإسلامية: تاريخها ونظريّة الملكيّة والعقود، مؤسسة شهاب الجامعة، الإسكندرية (د.س.ط) ص 505 وما بعدها.

2 – انظر: البعلي، عبد الحميد محمود، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 1، (د. س)، ص 19 وما بعدها.

3 – وفي مقابل هذا الاتّجاه الغالب، يرى الظّاهرية أنّ الأصل في الشّروط والعقود، المنع حتّى يقوم دليل على الإباحة، لمزيد من التفصيل في موقف الاتّجاهين وأدلّتهما. انظر:

أ – البعلى، مرجع سابق، ص 30.

ب – الزّرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 1، 1998، ج 1، ص 537 وما بعدها.

جـ – الزّحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1985، ج 4، ص 198 وما بعدها.

بقوله: « ... فإنّ الباحث يلمح من خلال الأحكام التي يقرّرها الفقهاء في صدد هذه العقود المسماة أنّهم يسلّمون بإمكان أن يمتزج عقد أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت فيه، بل يلمح أنّ هناك قاعدة فقهيّة مسلّمة، وهي: أنّ المسلمين عند شروطهم، وأنّ كلّ اتّفاق تتوافر فيه الشّروط التي يقررّها الفقه الإسلامي يكون عقدا شرعيّا. ومن ثمّ فما ذكره الفقهاء من العقود المسمّاة، إنّما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التّعامل في زمنهم، فإذا استحدثت الحضارة عقودا أخرى توافرت فيها الشّروط المقرّرة فقها كانت عقودا مشروعة »[1].

يتجلّى من خلال ما تقدّم ذكره، مدى انسجام اتّجاه جمهور الفقهاء مع مقاصد الشّريعة الإسلامية في مجال الاشتراط والتّعاقد، إذ أنّه يحرّر إرادة الأشخاص في أخصب مجال في المعاملات الشّرعية، وأهمّ وسيلة قانونيّة يمكنهم من خلالها تحقيق مصالحهم الفرديّة والجماعيّة المتجدّدة تبعا لتغير ظروف الزمان والمكان والأحوال.

المطلب الثّاني

اتّساع دائرة الاشتراط في العقود

لقد عالج الفقه الإسلامي مبدأ سلطان الإرادة معالجة شاملة وعميقة، حيث أقرّ مبدأ حرية الاشتراط في دائرة العقد في شكل نظريّة متكاملة تفيد أنّ الشّرط وصف للتّراضي بين المتعاقدين[2].

وقد اعتبر جمهور الفقهاء الأصل في الشّروط الإباحة، بحيث كلّ شرط لا ينافي مقصود العقد، ولا يخالف ما قرّره الشّرع من أحكام، فهو شرط صحيح جائز. وبعبارة أخرى، إنّ الأصل في العقود ما تراضى عليه الطّرفان، وما أوجباه على أنفسهما بالتّعاقد، بحيث يكون كلّ ما تراضيا عليه ممّا لا يحلّ حراما ولا يحرّم حلالا،

---

1 – السّنهوري، عبد الرّزاق، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (د.ط)، 1998، مج 1، ج 1، ص 80 وما بعدها.

2 – انظر: أبو سعد، محمّد شتا، الشّرط كوصف للتّراضي في القانون المدني المقارن والشّريعة الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة (د. ط) 1981، ص 270 (رسالة دكتوراه).

يلزمهما الوفاء به[1].

وهذا ما أكّده الحنابلة، أكثر الفقهاء توسيعا في هذا المجال، حيث اعتبروا الوفاء بهذه الشّروط واجبا، بحيث إذا لم يف بها المشترط عليه، فإنّه يحقّ للطّرف الآخر المشترط، طلب فسخ العقد[2].

والذي حقّقه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، في مجموع الفتاوى، هو أنّ الأصل في العقود والشّروط عدم التّحريم لأنها من باب الأفعال العادية، فيستصحب فيها عدم التّحريم حتّى يدلّ دليل على التحريم، كما أنّ الأصل في الأعيان عدم التّحريم[3].

والأصل في إباحة الاشتراط في العقود واعتباره وصفا للتّراضي، عموم النّصوص الآمرة بالوفاء بالعقود والعهود، والشّروط والمواثيق، وأداء الأمانة، والناهية عن الغدر، ونقض العهود، والخيانة.

أذكر من هذه النّصوص، على سبيل المثال:

أوّلا – من القرآن الكريم:

1 – ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...** ﴾ المائدة: 01.

2 – ﴿ **... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً** ﴾ الإسراء: 34.

3 – ﴿ **وَالَّذِينَ هُمْ لأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ** ﴾ المؤمنون: 8.

ثانيا – من السّنّة النّبوية الشّريفة:

1 – ما رواه أبو هريرة ﷺ، عن رسول الله ﷺ أنه قال: « **المسلمون على شروطهم** »[4].

---

1 – انظر: الزحيلي، مرجع سابق، ج 4، ص 202. وفي مقابل هذا الاتّجاه يرى الظّاهرية أنّ الأصل في الشّروط المنع. انظر تفصيل ذلك: ابن حزم، علي بن أحمد (384 – 456هـ)، المحلّى، دار الفكر (د.ب.ط.س)، ج 8، ص 378.

2 – انظر: ابن قدامة، عبد الله بن أحمد (541 – 620هـ)، المغني، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1405هـ، ج 4، ص 448.

3 – ابن تيمية، تقي الدين أحمد (661 – 728هـ)، مجموعة الفتاوى، مكتبة العبيكان، الرّياض، ط 1، 1998، ج 15، ص 81–82.

4 – أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية باب الصلح، انظر: أبو داود، سليمان بن الأشعث (202 – 275هـ)، سنن أبي داود، دار الجيل، بيروت، (د.ط)، 1992، ج 3، ص 302 ح.ر: 3594. صححه الألباني. انظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1985، ج 5، ص 142.

2 – ما رواه عقبة بن عامر ﷺ، عن النّبي ﷺ، أنّه قال: « **أحقّ ما أوفيتم من الشّروط أن توفوا به، ما استحللتم به الفروج** »[1].

قال الحافظ ابن حجر العسقلاني في شرح هذا الحديث:
« أحق الشّروط بالوفاء، شروط النّكاح لأنّ أمره أحوط وبابه أضيق »[2].

وقد ثبت عن عمر بن الخطّاب ﷺ أنّه قال:
« مقاطع الحقوق عند الشّروط »[3].

وهكذا، يتبيّن ممّا سبق ذكره، أن توجّه الفقه الإسلامي إلى فتح باب الاشتراط في العقود وتوسيعه، ما هو إلاّ دليل على ترسيخ مبدأ الرّضا في العقود، وتأكيد لمبدأ سلطان الإرادة في مجال التّعاقد والاشتراط.

المطلب الثّالث

الأصل في العقود الرّضائيّة

إنّ مبدأ الرّضائية في العقود يفيد انعقاد العقد بمجرّد تحقق تراضي طرفيه بغض النّظر عن وسيلة التّعبير عن هذا التّراضي، ودون حاجة إلى أي إطار شكلي يفرضه القانون.

وفي مقابل مبدأ الرّضائية، يوجد مبدأ الشّكلية في العقود، ومفاده أنّ العقود التي يبرمها الأشخاص لا يكون لها وجود قانوني إلاّ إذا أُفرغت في قالب شكلي يفرضه القانون، بحيث يقع العقد تحت طائلة البطلان متى تخلّف هذا القالب الشّكلي حتّى وإن تحقّق تراضي الطرفين فيه.

---

1 – أخرجه البخاري، محمد بن إسماعيل (194 – 256هـ) في كتاب النّكاح، باب الشّروط في النّكاح، انظر ابن حجر، أحمد بن علي (773 – 852هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مكتبة الصفا، القاهرة، ط 1، 2003، ج 9، ص 141، ح.ر: 5151. أخرجه كذلك مسلم وأصحاب السّنن، وأحمد والدّارمي كلّهم عن عقبة بن عامر رضي الله عنه.

2 – ابن حجر، المرجع السابق، ج 9، ص 142.

3 – أخرجه البخاري، في كتاب النكاح باب الشروط في النكاح، ج 9، ص 141.

ويتّضح من مفهوم المبدأين، أنّ هناك علاقة وطيدة بينهما، بحيث كلّما اتّسع نطاق الأوّل ضاق نطاق الثّاني، والعكس صحيح.

ولقد أدّى التّطور في الفكر القانوني الحديث إلى اعتبار الرّضائية مبدأ في جميع العقود، واعتبار قيد الشّكل استثناء عليه[1].

أمّا الفقه الإسلامي، فقد قام على مبدأ الرّضائية في مجال العقود منذ نشأته، بعيدا عن القيود الشّكلية.

ولقد نوّه الأستاذ السّنهوري بهذه الصّفة في الفقه الإسلامي، بقوله: « والذي يلفت النّظر في أحكام العقد، قاعدة أساسيّة قرّرها الفقهاء تقتضي بأنّ الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد. ووجه الغرابة في ذلك أنّ هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث، لم يصل القانون الرّوماني على عراقته إلى تقريرها كقاعدة عامة حتّى في آخر مرحلة من مراحل تطوّره. ولعلّ السّر في وصول فقهاء الشّريعة الإسلاميّة إلى هذه القاعدة، ما كان للدّين من الأثر البليغ في تقرير قواعد الفقه أصولا وفروعا. ويكفي لترجيح هذا الرأي أن نذكر أنّ العقد في أوربا لم يصبح رضائيّا إلاّ تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمّها الدّين المسيحي وقوانين الكنيسة[2]، وهي تحض على وجوب الوفاء بالعهد. فصار تقيد الإنسان بكلمته متّفقا مع آداب الدّين، ثمّ انتقل بعد ذلك إلى الدّائرة القانونيّة... »[3].

وفي السياق نفسه، يقرّر الأستاذ النّاهي:

---

1 – لمزيد من التّوضيح والتّفصيل، انظر:

أ – سوار، محمّد وحيد الدّين، الشّكل في الفقه الإسلامي، دراسة موازنة، مطابع معهد الإدارة العامة، العربيّة السّعودية، ط 1، 1985، ص 3 وما بعدها.

ب – الدّريني، فتحي، النّظريات الفقهيّة، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق (د. ط)، 1982، ص 269 وما بعدها.

جـ – عيسى، محمّد جمال عطيّة، الشّكلية القانونيّة، دراسة مقارنة بين النّظم القانونيّة والشّريعة الإسلاميّة، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، (د. ط)، 1994، ص 256 وما بعدها (رسالة دكتوراه).

2 – لتوضيح دور القانون الكنسي في إرساء مبدأ الرّضائية في القانون الغربي، انظر:
ATIAS (Christian), Le droit civil, PUF, Paris, 4ème éd – 1993, p 13.

3 – السّنهوري، مرجع سابق، مج1، ج 1، ص 40 و41.

« ... إنّ الفقه الموازن يعترف للفقه الإسلامي بفضيلة التّخلص من الشّكلية في عقد العقود، وقد كان الشّرع الرّومي يرزح تحت كلكل الشّكليات في العقود والتّقاضي كما ترزح السّلحفاة تحت درعها السّميك »[1].

هذا ويرجع الفقهاء أصل قيام العقود على مبدأ الرّضائية في الفقه الإسلامي إلى النصوص العامة في كتاب الله تعالى، وسنّة الرّسول ﷺ، نذكر منها:

1 – قول الله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** ﴾ النّساء: 29.

2 – ما ثبت عن النّبي ﷺ، من رواية أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أنّه قال: « **إنّما البيع عن تراض** »[2].

3 – ما رواه عمرو بن يثربي الضّمري عن النّبي ﷺ أنّه قال:
« **لا يحلّ لامرئ من مال أخيه شيء إلاّ ما طابت به نفسه** »[3].

المطلب الرّابع

مدى انطباق مبدأ الرّضائية على عقد الزّواج

إنّ بيان مدى انطباق مبدأ الرضائية على عقد الزواج يقتضي تعريف عقد الزواج (الفرع الأول)، بيان خصوصية عقد الزواج (الفرع الثاني)، عقد الزواج بين الرضائية والشكلية (الفرع الثالث).

---

1 – النّاهي، مرجع سابق، ص 384.

2 – أخرجه ابن ماجه في كتاب التّجارات، باب بيع الخيار. انظر: ابن ماجه، محمد بن يزيد (209 – 273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، دار الفكر، بيروت، (د.ط.س)، ج 2، ص 337، ح.ر: 2185. صححه الألباني، انظر: إرواء الغليل، مرجع سابق، ج 5، ص 125.

3 – أخرجه الدارقطني في البيوع. انظر: الدارقطني، علي بن عمر (306 – 385هـ)، سنن الدارقطني، تحقيق: عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1966، ج 3، ص 26، ح.ر: 91. قال فيه الزيلعي: « إسناده جيد ». انظر: الزيلعي، عبد الله بن يوسف، (ت 743هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ط 1، 1997، ج 4، ص 169. وصححه الألباني كذلك، انظر: إرواء الغليل، مرجع سابق، ص ج 5، ص 281.

الفرع الأوّل

مفهوم عقد الزّواج

أولا – تعريف الزواج لغة[1]:

الزواج لغةً: القران. قال الله تعالى: ﴿ **وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ** ﴾ التكوير: 7 أي قرنت، وقوله تعالى: ﴿ **احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ** ﴾ الصافات: 22.

ثمّ شاع استعمال الزواج في اقتران الزوج بزوجته على سبيل الدوام والاستمرار.

ثانيا – تعريف الزواج اصطلاحا:

إنّ الفقهاء القدامى يركزون في تعريفهم لعقد الزواج على فكرة ملك المتعة وحلّ الاستمتاع بين الزوجين، فعلى سبيل المثال[2] عرّفه بعض الحنفية بأنه « عقد يرد على ملك المتعة قصدا »، وعرّفه بعض المالكية بأنه « عقد يفيد حلّ استمتاع كلّ من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع ».

أما الفقهاء المعاصرون، فإنّهم يركزون في تعريفهم لعقد الزواج على فكرة جوهر العقد وآثاره. فعلى سبيل المثال عرّفه الأستاذ أحمد حمد بأنه: « عقد يجمع بين الرجل والمرأة على شرع الله تحصيلا للسكن وتحقيقا للمودة والرحمة »[3]. كما عرّفه الأستاذ الرافعي أنه: « عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا يفيد حل العشرة بينهما »[4].

---

1 – انظر: أ – حسين، أحمد فراج، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، (د.ب.ط)، 1988، ص 15.
ب – الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (729 – 817هـ)، القاموس المحيط، دار الكتاب الحديث، بيروت، ط 1، 2004، الزوج، ص 218.

2 – انظر: حمد، أحمد، الأسرة: التكوين، الحقوق والواجبات، دراسة مقارنة في الشريعة والقوانين، دار الكتب الجامعية، طنطا، ط 2، 1986، ص 48.

3 – انظر: حمد، المرجع نفسه والصفحة نفسها.

4 – الرافعي، سالم بن عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 2002، ص 204 (رسالة دكتوراه).

إلا أنّ التعريف الذي تطمئن إليه النفس هو التعريف الذي قدمه الشيخ العلامة محمد أبو زهرة، رحمة الله عليه، في كتابه "الأحوال الشخصية" حيث قال[1]: « الزواج عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات ».

ثمّ قال معقبا على تعريفات الفقهاء القدامى: « وللفقهاء تعريفات أخرى، كلها تدور حول هذا المعنى (أي: حلّ المتعة)، وإن اختلف التعبير، وهي تؤدي في جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه في عرف الناس والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا، ولا شك أن ذلك من أغراضه، بل أوضح أغراضه عند عامة الناس، ولكن ليست هي كلّ أغراضه، ولا أسمى أغراضه في نظر الشارع الإسلامي، بل إن غرضه الأسمى هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كلّ من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما، وتكون به الراحة وسط متاعب الحياة وشدائدها، ولذلك قال تعالى: ﴿ **وَمِنْ آيَاتِه أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ الروم: 21 ».

ثالثا – تعريف عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري[2]:

ورد تعريف عقد الزواج في المادة الرابعة (04) من قانون الأسرة، والتي تنص على أن عقد الزواج « عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ».

وبالمقارنة مع نص المادة قبل التعديل، فإن الجديد الذي جاء به التعديل هو تأكيد رضائية عقد الزواج من خلال إضافة كلمة "رضائي" إلى النص المعدّل.

---

1 – أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 3، 1957، ص 17.

2 – صدر قانون الأسرة الجزائري سنة 1984، ثمّ طرأ عليه تعديل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فبراير 2005.

وسيأتي ذكر تعريف شامل، ومركّز بقانون الأسرة الجزائري، والتعديل الذي طرأ عليه.

الفرع الثّاني

خصوصيّة عقد الزّواج

إنّ الشّريعة الإسلاميّة لم تهتم بعقد من العقود، اهتمامها بعقد الزّواج، فقد أحاطته بسياج منيع من العناية والرّعاية، وشرعت له من الأحكام والإجراءات الخاصة ما لا نجد لها مثيلا في العقود الأخرى، نذكر منها على سبيل المثال، أنّ الشّريعة:

1 – دعت إلى الزّواج وندبّت إليه، وشجعت عليه، وذلك في نصوص كثيرة من الكتاب العزيز والسّنة النّبوية الشّريفة. منها قول الله تعالى: ﴿ **وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ** ﴾ النّور: 32.

كما حثّ النّبي ﷺ على الزّواج في أحاديث كثيرة، منها ما رواه عنه عبد الله بن مسعود ﷺ أنّه قال: « **يا معشر الشّباب من استطاع الباءة فليتزوّج، فإنّه أغضّ للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصّوم فإنّه له وجاء** »[1].

2 – حرّمت الرّهبنة والتبتل واعتبرتهما انحرافا عن الفطرة وخروجا عن سنّة الإسلام. فقد ثبت فيما رواه أنس ﷺ من قصّة الرّهط الثّلاثة الذين جاءوا إلى بيوت أزواج النّبي ﷺ، يسألون عن عبادته، أنّ النّبي ﷺ قال: « ... **أما والله إنّي لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكنّي أصوم وأفطر، وأصلّي وأرقد، وأتزوّج النساء فمن رغب عن سنتي فليس منّي** »[2].

3 – شرعت لعقد الزّواج مقدّمة تسمّى الخطبة، حماية للعقد واحتياطا لآثاره، ورتّبت على العدول عنها آثارا شرعيّة هامة[3].

---

1 – أخرجه البخاري، في كتاب النّكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، ج 9، ص 14، ح.ر: 5066.

2 – أخرجه البخاري، في كتاب النّكاح، باب الترغيب في النّكاح، ج 9، ص 4، ح.ر: 5063.

3 – انظر: العطار، توفيق عبد الناصر، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، (د.ط.س)، ص 5 وما بعدها.

الفرع الثّالث

عقد الزّواج بين الرّضائية والشّكلية

إنّ الاهتمام الخاص الذي توليه الشّريعة الإسلاميّة لعقد الزّواج، يدفع للتّساؤل: إلى أي مدى ينطبق مبدأ الرّضائية على عقد الزّواج؟ هل هو عقد رضائي ينعقد بمجرّد تلاقي إرادة طرفيه على غرار العقود الأخرى؟ أم أنّه عقد خاص، مستثنى من القاعدة العامة التي تحكم سائر العقود؟

وبالرّجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد أنّ لعقد الزّواج أركانا وشروطا، كغيره من العقود، متى توفّرت انعقد صحيحا منتجا لجميع آثاره الفقهيّة.

تتمثّل هذه الأركان والشّروط، بغض النّظر عن تفاوت الآراء الفقهيّة بشأنها وتباينها، فيما يلي:

1 – عاقدان، هما الزّوجان، أو من ينوب عنهما.

2 – صيغة تتحقق بتلاقي إيجاب أحد المتعاقدين مع قبول الآخر.

3 – شاهدي عدل.

4 – وليّ يتولّى صيغة العقد عن جانب المرأة[1].

5 – مهر يقدّمه الزّوج لزوجته نحلة، إكراما لها وتطييبا لخاطرها.

وعلى ضوء دراسة دقيقة لموقف الفقهاء من هذه الأركان والشّروط[2]، يتبيّن بأنّ الصيغة هي الرّكن الجوهري في عقد الزّواج الذي انعقد فيه اتّفاق جميع الفقهاء، متى

---

1 – هذا على رأي الجمهور الذين يشترطون الولي، سواء كانت المرأة كبيرة أو صغيرة، بكرا أو ثيبا. إذ أنّ عقد الزّواج عندهم لا ينعقد بعبارة النساء، وهذا خلافا للأحناف الذين لا يشترطون الولاية إلاّ على فاقد الأهليّة أو ناقصها كالمجانين والصّغار. وخلافا كذلك للظّاهرية الذين يشترطون الولاية على البكر دون الثّيب.

وللمزيد من التّوضيح لهذا الموضوع، انظر:

أ – بن حواء، الأكحل، نظريّة الولاية في الزّواج، الشّركة الوطنيّة للنّشر والتّوزيع، الجزائر (د. ط) 1982، ص 20 وما بعدها.

ب – أبو زهرة، محمّد، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة (د. ط. س)، ص 108 وما بعدها.

2 – انظر تفصيل ذلك: الزّحيلي، مرجع سابق، ج 7، ص 36 وما بعدها.

صدرت هذه الصّيغة عن عاقدين تتوفّر فيهما الشّروط اللاّزمة، كما هو الشأن بالنّسبة للعقود الأخرى[1].

غير أنّ الشّيخ محمّد أبو زهرة، رحمه الله، فإنّه لم يتردد في تكييف عقد الزّواج بوصفه عقدا شكليّا، مستندا في ذلك إلى اشتراط جمهور الفقهاء الإشهاد عليه. قال رحمه الله: « ... وعلى ذلك يصحّ أن نقول بأنّ عقد الزّواج عقد شكلي لأنّه لا يكتفي في تكوينه برضا العاقدين، بل لابدّ مع هذا الرّضا من الإعلان والشّهرة أو شهادة الشّهود، وإن شكليّة عقد الزّواج واضحة كلّ الوضوح... »[2].

وإذا جاز تقديم تعليق على هذا الكلام، فإنّه يمكن القول بأنّ رأي الشّيخ صائب في التّنبيه إلى المسحة الشّكلية في عقد الزّواج، والمتمثّلة في شرط الإشهاد، والإشهار، إلاّ أنّ فيه شيئا من المبالغة في التّكييف والوصف، وخللا في الدّقة والضّبط فيهما.

ويتجلّى هذا الخلل فيما يلي:

أوّلا: إنّ مجرّد اشتراط الشّهود في العقد لا يكفي لوحده مبررا لتكييف العقد بالشّكلية كلّية. ذلك أنّ مفهوم الشّكلية يستلزم أن يكون ذلك الشّكل ركنا جوهريّا في العقد، بحيث لا يكون للعقد وجود بدونه ولو توفّر تراضي العاقدين.

وهذا ما لا ينطبق على عقد الزّواج، إذ المعتبر فيه أساسا هو رضا أطرافه، بحيث يتمّ انعقاده شرعا بمجرّد تحقّق صيغة الإيجاب والقبول، كما سبقت الإشارة إليه.

ثانيا: إنّ الإشهاد شرط تبرّره أهمّية عقد الزّواج وخطورة آثاره[3]، إنّما شرع

---

1 – وهذا ما جاء به قانون الأسرة الجزائري، المعدّل بمقتضى القانون رقم 05–09 المؤرّخ في 4 مايو 2005، حيث نصّت المادة التّاسعة (09) منه على أنّه: « ينعقد الزّواج بتبادل رضا الزّوجين » وهذا خلافا للمادة (09) المعدّلة التي كانت تنصّ على أنّه « يتمّ عقد الزّواج برضا الزّوجين، وبوليّ الزّوجة وشاهدين وصداق ».

2 – أبو زهرة، محمّد، الملكيّة ونظريّة العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، (د.ب.ط)، 1976، ص 207.

3 – وفي توضيح هذا المعنى، قال الإمام القرافي، رحمه الله: « إنّ النّكاح عظيم الخطر جليل المقدار، لأنّه سبب بقاء النّوع الإنساني المكرّم المفضّل على جميع المخلوقات، قال الله تعالى: ﴿ **ولقد كرّمنا بني آدم** ﴾ وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد واختلاط الأنساب، وسبب للمودّة والمواصلة والسّكون وغير ذلك من المصالح –بخلاف البيع – والقاعدة: إنّ الشّيء إذا عظم قدره شدّد فيه وكثرت شروطه، وبولغ في إبعاده إلاّ لسبب قوي تعظيما لشأنه ورفعا لقدره. ولذلك شدّد المشرّع في النّكاح فاشترط الصّداق والشّهادة والولي وخصوص الألفاظ دون البيع ». انظر: القرافي، أحمد =

حماية لجملة من المصالح، نلخّصها فيما يلي[1]:

1 – مصلحة العاقد، إذ يبعد عنه تهمة المعاشرة غير المشروعة، ويدعوه إلى التّروي والتبصر في خطورة عقد الزّواج، ويوفّر له وسيلة للإثبات.

2 – مصلحة الغير، إذ أنّ آثار عقد الزّواج تتخطى عاقديه لتمس الغير، وهو النّسل النّاشئ عن الحياة الزّوجية المشتركة. ومن هنا كان الإشهاد في عقد الزّواج صيانة لحقوق هذا الغير من الضّياع.

3 – مصلحة المجتمع، الذي ما هو إلاّ مجموع أسر، يصلح بصلاحها ويفسد بفسادها، يتماسك بتماسكها ويتفكّك بتفكّكها. ومن أجل هذا صان المشرّع الحكيم مصلحة المجتمع عن طريق حماية عقد الزّواج والاحتياط لأمره.

ثالثا: إنّ اشتراط الشّهود في عقد الزّواج، إجراء معمول به حتّى في التّشريعات الغربيّة العلمانيّة المعاصرة، التي تعتبر عقد الزّواج عقدا مدنيّا رضائيا كغيره من العقود المالية.

وفي مقدمة هذه التشريعات، يأتي التقنين المدني الفرنسي[2]، الذي يعتبر التقنين الرائد في العالم الغربي، « إذ يعتبر أول تقنين لم يتمسك بشكليات ومراسم القانون الكنسي »[3].

= بن إدريس (626 – 684هـ)، الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، 1998، ج 3، ص 266 وما بعدها.

1 – انظر: سوار، مرجع سابق، ص 72 وما بعدها.

2 – صدر هذا التقنين سنة 1804، تحت الإشراف المباشر "لنابليون بونابارت" ولقد استمدت نصوص هذا التقنين أساسا من مبادئ الشريعة الإسلامية على إثر غزو نابليون لمصر. ولمزيد من التوضيح في هذه المسألة انظر:

BOUTAMMINA (Nas e), La shari`a, prototype du droit français. Le "Code Napoleon", Dar al-Bouraq, Beyrouth, 1er éd, 2006, p 36 et s.

ولقد تعرض هذا التقنين للعديد من التعديلات، ومر بمراحل مختلفة متمايزة. انظر:

a - CARBONNIER (Jean), Droit civil, Introduction, P.U.F, 23ème éd., 1995, p 114 et s.

b - CORNU (Gérard), Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, éd. Montchrestien, 8ème éd., 1997, p 102 et s.

وفي معرض تحديد إجراءات تسجيل عقد الزاوج وإشهاره، نص هذا التقنين، الحالي، في المادة 75 منه، على ضرورة حضور شاهدين على الأقل وأربعة على الأكثر. انظر:

Code civil français, éd Dalloz, 110ème éd, 2010, art 75.

3 – البهنساوي، سالم، قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، دار القلم، الكويت، ط 2، 1984، ص 45.

رابعا: لقد نوّه غير واحد من الفقهاء الغربيين برضائية عقد الزاوج في الفقه الإسلامي، منهم الأستاذ "DE BELLEFONS" الذي عنون إحدى فقرات مؤلفه في الفقه الإسلامي[1]، بهذه العبارة: "الزاوج عقد رضائي"، حيث استرسل في شرح خاصية الرضائية في عقد الزواج، إلى أن قال: « هذا النظام (الزاوج) خال من أية خاصية شكلية... ». ثم أضاف يقول: « ... انعقد إجماع الفقهاء في جميع العصور، بما لا يدع مجالا للشك، بأن عقد الزواج في الفقه الإسلامي عقد رضائي ».

وبهذا يترجح القول بأن عقد الزواج في الفقه الإسلامي، عقد رضائي في جوهره، يتسم بمسحة شكلية تقتضيها أهميته من حيث موضوعه، وخطورته من حيث الآثار التي رتبها الشارع الحكيم عليه.

وهذا دليل وحجة على أن مبدأ الرضا في العقود ينطبق انطباقا تامًا على عقد الزواج.

المبحث الثاني

الرضا في العقود، مفهومه وعيوبه

أتعرض في هذا المبحث لفكرتين رئيسيتين هما أساس نظرية الرضا في العقود بوجه عام: مفهوم الرضا (المطلب الأول) وعيوب الرضا (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الرضا

إن مفهوم الرضا يتسع ليشمل أفكارا عديدة، غير أنني – في هذا المقام – أقتصر على فكرتين اثنتين: تعريف الرضا (الفرع الأول) وما ينعقد به الرضا في العقود، أي الصيغة، (الفرع الثاني).

---

1 – انظر:

LYNANT DE BELLEFONS, Traité de droit Musulman comparé, Mouton, Paris, 1965, p 39 et s.

الفرع الأول

تعريف الرضا

الرضا لغة[1] مصدر للفعل رضي، وهو ضدّ السخط، ومنه قوله تعالى: ﴿ **أَفَمَنِ اتَّبَعَ رِضْوَانَ اللَّهِ كَمَنْ بَاءَ بِسَخَطٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ** ﴾ آل عمران: 162. وقوله تعالى: ﴿ **ذَلِكَ بِأَنَّهُمُ اتَّبَعُوا مَا أَسْخَطَ اللَّهَ وَكَرِهُوا رِضْوَانَهُ فَأَحْبَطَ أَعْمَالَهُمْ** ﴾ محمد: 28.

أما تعريف الرضا اصطلاحا فيحتاج إلى شيء من التفصيل والتدقيق لأنه محل خلاف بين الفقهاء. وسبب هذا الخلاف كون الأحناف يميزون بين الاختيار والرضا في مجال التعاقد، في حين أن الجمهور يعتبرون الاختيار والرضا متلازمين لا يتحقق أحدهما بدون الآخر.

ومن هذا المنطلق، اختلفت تعريفات الفقهاء للرضا، وتباينت بالتالي، الآثار الفقهية المترتبة عليها.

وفيما يلي عرض لموقف الأحناف (أوّلا)، ثم موقف الجمهور (ثانيا)، ثم اختيار الرأي الراجح (ثالثا).

أوّلا – الرضا عند الأحناف:

ميز الأحناف بين الاختيار والرضا في مجال التصرفات التعاقدية، على النحو الآتي:

1 – تعريف الرضا[2]

عرّف الأحناف الرضا بتعريفات عديدة تلتقي جلها في معنى واحد. منها « قصد إلى النتائج وقبولها »، « الارتياح إلى العقد والرغبة فيه »، « الرغبة في الآثار ».

---

1 – انظر: أ – ابن منظور، محمد بن مكرم (630 – 771هـ)، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2005، ج 8، رضي، ص 302.

ب – الفيروزآبادي، مرجع سابق، كلمة رضي، ص 1295.

2 – انظر: أ – أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 199.

ب – سوار، وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 1979، ص 443.

جـ – أبو صفية، فخري، الإكراه في الشريعة الإسلامية، شركة الشهاب، الجزائر (د.ط.س)، ص 04.

يتضح من هذا التعريف بأن الرضا عند الأحناف لا يتحقق بمجرد القصد إلى العبارات المنشئة للعقد، وإنما يتحقق بقصد كامل يشيع في جوانح النفس، ويترتب على ذلك أثر في غاية الأهمية، عند الأحناف، وهو عدم تحقق الرضا مع الهزل والخطأ والإكراه.

2 – تعريف الاختيار[1]

قدّم الأحناف تعريفات متقاربة للاختيار، منها:

« القصد إلى النطق بالعبارات التي تنشأ بها العقود »، « القصد إلى السبب »، « القصد إلى القول أو الفعل الذي هو سبب النتائج ».

ويترتب على هذا التعريف أن الاختيار، عند الأحناف، لا يتنافى مع الهزل ولا مع الإكراه. وهذا أثر في غاية الأهمية، كذلك.

ويضرب الأحناف مثلا للتفرقة بين الاختيار والرضا فيقولون: إن المريض قد يختار بتر عضو من أعضاءه، غير راض به، بل هو كاره[2].

ويتضح من تعريف الرضا والاختيار عند الأحناف، أنه يمكن أن يتحقق الاختيار وإن تخلف الرضا. أما الرضا فلا يمكن تحققه إلا بوجود الاختيار.

ويترتب عن هذا التمييز بين الاختيار والرضا، آثار مهمة. منها[3]:

أ – إن الأساس في تكوين العقود عند الأحناف، هو الاختيار، وجد الرضا أو لم يوجد. وعليه فإنهم يعتبرون الاختيار شرط انعقاد، أما الرضا فشرط صحة في بعض العقود، دون الأخرى، كما سيأتي توضيحه.

---

1 – انظر المراجع السابقة: أ – أبو زهرة، ص 200.
ب – سوار، ص 443.
جـ – أبو صفية، ص 05.

2 – تجدر الإشارة، هنا، إلى أن الأستاذ وحيد الدين سوار استعمل في مؤلفه المذكور مصطلح "إرادة التعبير" بدل "الاختيار"، ومصطلح "إرادة الأثر" بدل "الرضا" غير أني آثرت استعمال مصطلحي الاختيار والرضا، لوضوحهما وشيوع استعمالهما في المصادر والمراجع العلمية عمومًا، وفي الفقه الحنفي خصوصًا.

3 – انظر: أ – الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 3 (د. س)، ص 319 وما بعدها.
ب – بدران، مرجع سابق، ص 392 وما بعدها.

ب – ابتكر الأحناف مرتبة وسطا بين الصحة والبطلان في العقود، هي مرتبة الفساد. بحيث يكون البطلان جزاء لتخلف الاختيار في جميع العقود دون استثناء. في حين يكون الفساد جزاء لتخلف الرضا في العقود التي يكون فيها الرضا شرط صحة، دون غيرها.

جـ – ينبني على الأثرين السابقين أثر ثالث، في الفقه الحنفي، هو التمييز بين نوعين من التصرفات التعاقدية، من حيث الآثار المترتبة على تحقق الاختيار وتخلف الرضا، هما:

النوع الأول: التصرفات التي لا تتحقق نتائجها – أي آثارها – بمجرد تحقق العبارات المنشئة لها، أي بمجرد تحقق الاختيار، وهي التصرفات التي تكون الأموال فيها غرضا ومقصدًا أساسيا، كعقد البيع، فهذه التصرفات تنعقد بمجرد توفر الاختيار، غير أنها لا تكون صحيحة منتجة لآثارها إلا بتوفر الرضا.

وينبني على هذا الكلام، أن عقد بيع الهازل والمكره منعقد، لكنه فاسد.

النوع الثاني: التصرفات التي تتحقق نتائجها بمجرد تحقق العبارات المنشئة لها، أي بمجرد الاختيار، وهي التصرفات التي لا تكون الأموال فيها غرضًا أساسيا، كعقد الزواج.

إن هذه التصرفات تنعقد صحيحة منتجة لآثارها الفقهية بمجرد تحقق الاختيار، وجد الرضا أو انعدم. ويترتب على هذا الكلام، وقوع عقد زواج المكره والهازل، وطلاقهما، عند الأحناف.

هذا هو، باختصار وتركيز، مفهوم الرضا وما يتعلق به من مصطلحات عند الأحناف، وما يترتب عليه من آثار فقهية غاية في الأهمية، في مجال التصرفات التعاقدية عامة، وفي عقد الزواج، موضوع بحثنا، خاصة.

ثانيا – الرضا عند جمهور الفقهاء(1):

إن جمهور الفقهاء، خلافا للأحناف، لم يميزوا بين الاختيار والرضا، وإنما اعتبروهما متلازمين لا يتحقق أحدهما بدون الآخر، واجتماعهما يعني عندهم: « القصد

1 – انظر: أ – البعلي، مرجع سابق، ص 236 وما بعدها.

ب – الزحيلي، مرجع سابق، ج 4، ص 189 وما بعدها.

إلى العبارات المنشئة للعقود بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عما في النفس ودليلا على رغباتها وغاياتها »، أو هو: « القصد إلى إنشاء العقد بالعبارة المنشئة طلبا لآثاره ورغبة فيه »[1].

أو هو: « القصد إلى العبارات المنشئة للعقود بحيث تكون تلك العبارة أو ما يقوم مقامها ترجمة عمّا في النفس، ودليلا على الرغبة في العقد وآثاره »[2].

يترتب على موقف الجمهور من الرضا وعدم اعتدادهم بالاختيار منعزلا عن الرضا، جملة آثار فقهية مهمة، يخالفون من خلالها الأحناف، نوجزها في أثرين أساسين، هما:

1 – قسم الجمهور العقود من حيث آثارها، إلى صحيحة وباطلة، ولم يجعلوا مرتبة وسطا بينهما، تسمى الفساد، كما فعل الأحناف.

فالفساد والبطلان عند الجمهور مصطلحان مترادفان يشكلان وصفا لكل عقد تخلف فيه الرضا.

2 – عدم تصحيح تصرفات المكره والناسي والمخطئ والهازل[3]. فالمكره عند الجمهور غير مختار حتى في عبارته، لأنه ما قصد إليها وسيلة للتعبير عما في نفسه، وإنما هي حركة لسانية تتجيه من الأذى الذي هدِّد به، وكذلك الحال بالنسبة للناسي والمخطئ والهازل[4].

---

1 – التندي، محمد إبراهيم حسن، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه نوقشت في كلية الحقوق، جامعة القاهرة، جوان 1983، ص 235 وما بعدها.

2 – البعلي، مرجع سابق، ص 238.

3 – يخالف الشافعية الجمهور في هذه المسألة، إذ يصححون تصرفات الهازل ويبررون ذلك بقولهم « إنه – الهازل – قد أتى بعبارته عن قصد إليها واختيار وذلك آية رضاه، فيجب أن يترتب عليها أثرها » – انظر: الخفيف، مرجع سابق، ص 315.

4 – يستثني الجمهور بعض تصرفات الهازل، ويعتبرونها صحيحة واقعة، وهي الثابتة في الحديث الذي رواه أبو هريرة ﷺ، عن النبي ﷺ أنه قال: « **ثلاث جدهن جدّ وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة** » أخرجه الحاكم في كتاب الطلاق وقال: « هذا حديث صحيح الإسناد » انظر: الحاكم، محمد بن عبد الله (321 – 405هـ)، المستدرك على الصحيحين، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ومع الكتاب تعليقات الذهبي في التلخيص والميزان، والعراقي في أماليه، والمناوي في فيض القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1990،=

هذا، بتركيز واختصار، موقف الجمهور من الرضا، وما يترتب عليه من آثار فقهية هامة.

ثالثا – اختيار الرأي الراجح:

بعد عرض موقف كل من الأحناف والجمهور من الرضا وما يؤدي إليه كل منهما من نتائج وآثار في التصرفات التعاقدية، يتبين بأن اتجاه الأحناف قد يفتح الباب واسعًا لتصرفات وسلوكات تعود على الفرد، والأسرة، والمجتمع بكامله، بوابل من المفاسد والمضار.

فعلى سبيل المثال، قد يستعمل الإكراه بشتى صوره، وفي مجالات حساسة من الحياة الاجتماعية، وسيلة بطش وقهر في أيدي البغاة والظلمة، يحققون بها مآربهم الطائشة على حساب الضعفاء والمغلوبين على أمرهم.

وكفى بتصحيح عقد زواج المكره، وإمضاء طلاقه، سببا لزعزعة استقرار العلاقات داخل الأسرة، الخلية الأساسية للمجتمع.

ولهذا فإنّ الذي يبدو لي راجحا، هو اتجاه جمهور الفقهاء، لأنه يعتد بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ويحمي الفرد والمجتمع من الكثير من صور القهر والظلم ويحفظ للأسرة ومن خلالها وللمجتمع، أسباب السكون والاستقرار.

الفرع الثاني

ما ينعقد به الرضا في العقود[1]

إنّ التعاقد يقتضي التقاء رضا المتعاقد الأول برضا المتعاقد الثاني، فيتولد بهذا الالتقاء ما يسمى بالتراضي.

= ج 2، ص 216، ح.ر: 2800. وحسّنه الألباني. انظر: الألباني، إرواء الغليل، مرجع سابق، ج 7، ص 139.
ولتوضيح موقف الجمهور من تصرفات الهازل، انظر: الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني (1099 – 1182هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الجيل، بيروت (د.ط.س)، ج 3، ص 1088 وما بعدها.

1 – انظر: أ – شلبي، محمد مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، تعريفه، تاريخه ومذاهبه – نظرية الملكية والعقد، ط 10، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص 440 وما بعدها.
ب – الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 38 وما بعدها.

ولما كان هذا التراضي في حقيقته أمرا باطنيا، ونظرًا لأهمية العقود من حيث آثارها على الغير، فإنّ الفقه الإسلامي أوجب ظهور هذا التراضي في صورة واضحة بعيدًا عن كل التباس أو تأويل، يسمى "صيغة العقد"، حيث يتبادل العاقدان، من خلالها، الإيجاب والقبول (أولا).

هذا، ولم يعتد الفقهاء بالمعاطاة بديلا عن الصيغة، في بعض العقود دون غيرها (ثانيا).

أولا – صيغة العقد:

إنّ الأصل المتفق فيه بين الفقهاء، هو أن تتم صيغة العقد باللفظ لأنه أوضح وسائل التعبير دلالة على المعنى المقصود.

ولهذا فإنّ الفقهاء قد فصلوا القول في الألفاظ والعبارات التي تتم بها صيغة العقد، لاسيما في عقد الزواج.

فإن تعذر اللفظ، يُصار إلى الكتابة، أو الإشارة، أو إلى أية وسيلة أخرى تحقق المقصود[1].

ثانيا – مدى صحة التعاقد بالمعاطاة:

المقصود بالمعاطاة، المبادلة الفعلية الدالة على تبادل الإرادتين والتراضي، دون صيغة التعاقد.

ولقد ميز الفقهاء في هذا المجال، بين نوعين من العقود من حيث انعقادها بالمعاطاة، من عدمه.

النوع الأول: العقود التي يكون موضوعها الأساسي الأموال، كعقد البيع والإجارة. فإنها تنعقد بالمعاطاة وإن لم يصدر عن المتعاقدين صيغة واضحة.

---

1 – انظر: حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1991، المواد 68، 69، 70 و71، ج 1، ص 60 وما بعدها.

النوع الثاني: عقد الزواج، فلا ينعقد بالمعاطاة باتفاق الفقهاء، واشترطوا فيه الصيغة، وأن تكون بألفاظ مخصوصة لا ينعقد الزواج بغيرها، على تفصيل بين المذاهب[1].

المطلب الثاني

عيـــوب الـرضـــا

لا يرتب الرضا آثاره الشرعية في مجال التعاقد، إلا إذا كان صحيحًا، سليمًا من العيوب والشوائب.

ذلك أن للرضا عيوبًا تؤثر فيه، وقد تعدمه، يمكن ترتيبها حسب شدة تأثيرها في التصرفات التعاقدية، ترتيبًا تصاعديا، كالآتي: الغلط، باعتباره وهمًا يقوم بالنفس، ومعياره ذاتي، ثم الخِلابة[2] باعتبارها وهمًا يقوم بالنفس ولكنه تصاحبه طرق احتيالية من قِبل أحد أطراف العقد، ومعيارها يتراوح بين الذاتية والموضوعية. وأخيرا الإكراه، باعتباره عاملا خارجيا يتمثل في رهبة تقوم بالنفس بسبب وسائل مادية، يستعملها أحد أطراف العلاقة عادة، ومعياره موضوعي بحت.

وفيما يلي، أتناول هذه العيوب الثلاثة، على ضوء الترتيب سالف الذكر، بشيء من الاختصار والتركيز وقوفًا عند ما يقتضيه موضوع هذا البحث.

غير أنني، سأخص عيب الإكراه باهتمام خاص، نظرا لعلاقته المباشرة والقوية بجوهر البحث.

---

1 – انظر: حمد، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

2 – إن هذا العيب كثيرا ما يذكر في المراجع العامة باسم "التدليس"، غير أنني فضلت استعمال مصطلح "الخلابة" اقتناعًا بتعليل الأستاذ الزرقاء، الذي هذا ملخصه: « إن المقصود الأساسي من التدليس أو الخلابة، هو الخديعة. ولفظ الخلابة أدلُّ على الخديعة من التدليس. ثم إن الحديث النبوي قد ورد بلفظ الخلابة وليس التدليس، في حين أن لفظ التدليس، في معناه الأصلي، هو كتمان عيب المبيع، ومن هنا فإن التدليس صورة من صور الخلابة ». الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 459، هــ 1، ص 469 هــ 1.

الفرع الأول

الغــلــط[1]

إنّ المقام يتطلب التعرض لهذا الموضوع من خلال فكرتين اثنتين: تعريف الغلط كعيْب للرضا (أولا)، أنواع الغلط ومدى تأثيرها في الرضا (ثانيا).

أولا – تعريف الغلط:

الغلط لغة، أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه[2].

أما الغلط اصطلاحًا، فإنّ الفقهاء قدموا له تعريفات كثيرة متقاربة من حيث المعنى، منها: « توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا فيحمله ذلك على إبرام العقد لولا هذا التوهم لم يقدم عليه ». أو هو: « حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع »[3].

يتضح من خلال التعريفين أن الغلط أمر نفسي ذاتي، ولذلك نجد أحكامه مبعثرة في كتب الفقه الإسلامي، موزعة حسب القضايا والنوازل.

ثانيا – أنواع الغلط وأثرها في الرضا:

يذكر الفقهاء أربعة أنواع للغلط: غلط في المعقود عليه (الشيء)، غلط في الشخص، غلط في القيمة، ثم غلط في الحكم الشرعي.

1 – الغلط في المعقود عليه

وهذا النوع من الغلط قد يكون باطنيا خفيا في نفس المتعاقد، وقد يكون ظاهرا جليا يعبّر عنه في صيغة العقد.

---

1 – لتفصيل عيوب الرضا، انظر: أ – الخفيف، مرجع سابق، ص 322 وما بعدها.
ب – البعلي، مرجع سابق، ص 259 وما بعدها.
جـ – التركماني، خالد عدنان، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، جدة، ط 1، 1981، ص 148 وما بعدها.
د – السنهوري، مرجع سابق، مج 1، ج 1، ص 104 وما بعدها.
هـ – الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 449 وما بعدها.

2 – الفيروزآبادي، مرجع سابق، الغلط، ص 701.

3 – التركماني، مرجع سابق، ص 164.

أ – الغلط الباطني (الخفي)

وصورته أن يشتري شخص قطعة غيار لسيارته ظنا منه أنها قطعة أصلية دون أن يصرح بهذا الظن عند التعاقد، ثم يتبين له أنها مصنوعة محليا.

ففي هذه الحالة يكون العقد صحيحا غير قابل للإبطال، ترجيحًا لمصلحة المجتمع في الحفاظ على استقرار التعامل وحماية التصرفات التعاقدية الرضائية عن طريق حماية نتائجها الثابتة وعدم تعريضها للانتقاض لأسباب يجهلها الطرف غير الواقع في الغلط.

ب – الغلط الظاهري (الواضح)

وصورته أن يقول البائع، مثلا: بعتك هذه السيارة من نوع "رينو – Renault"، فإذا السيارة المشار إليها من نوع "بيجو – Peugeot". فإذا قبل المشتري، انعقد البيع على سيارة "بيجو"، لأن الإشارة هنا، أقوى وأبلغ في التعريف من الوصف الكلامي[1].

وخلاصة القول أن الفقه الإسلامي يعتد بالغلط الظاهري عيبا في الرضا، أما العيب الخفي فلا يعتد به.

2 – الغلط في شخص العاقد

إن الغلط في شخص العاقد لا يؤثر في العقد إلا عندما يكون لهذا الأخير اعتبار خاص في مبنى العقد، بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط مباشر بموضوع العقد، ومن أمثلته:

أ – إجارة الظئر[2]

قد يضطر أهل الرضيع إلى استئجار مرضعة ترضعه وتقوم على شؤونه الأساسية في مرحلة الرضاع. وبالنظر إلى أهمية دور المرضعة في حياة الرضيع الصحية والأخلاقية، فإن لشخص المرضعة اعتبار أساسي في عقد إجارة الظئر، إذ المقصود في شخصها جملة من المواصفات، أهمها اثنتين: صلاح لبنها لتغذية الطفل، إذ به ينبت لحمه وينشز عظمه، واستقامة أخلاقها وسلوكها، لأنها تصير بمثابة أمه واقعا وشرعًا.

---

1 – انظر: الخفيف، مرجع سابق، ص 324، هـ 3.

2 – انظر: السنهوري، مرجع سابق، مج 1، ج 1، ص 132.

فإذا تبين لأهل الرضيع فوات أحد الوصفين في شخص المرضع، دلَّ ذلك على وقوعهم في غلط في شخص العاقد، وثبت لهم حق فسخ الإجارة قبل أوانها.

ب – عقد الزواج[1]

إنّ الغلط في شخص الزوج يعتبر أكثر حالات الغلط في الشخص وضوحا، ذلك أن شخص الزوج هو العنصر الجوهري في عقد الزواج، إذ المقبل على الزواج يقصد في الطرف الآخر جملة من الاعتبارات يتوقف رضاه به على مدى توفرها فيه، وفي مقدمة هذه الاعتبارات، عنصر كفاءة الزوج الآخر، وخلوه من الأمراض والعيوب التي تؤثر سلبا على مقتضيات الحياة الزوجية.

فلو قبل أحد طرفي العلاقة الزواج لما يظنه يتوفر عليه الطرف الثاني من مواصفات، ثم يتبين له بعد إتمام عقد الزواج خلاف ذلك، فإنه يثبت للطرف الذي وقع في الغلط في شخص العاقد، أن يفسخ العقد.

وهكذا، يتجلى من الحالتين السابقتين، أن معيار الغلط في شخص العاقد ذاتي لا موضوعي، الأمر الذي يتطلب دراسة كل حالة على حدة.

فمتى كان لشخص العاقد اعتبار خاص في العقد، اعتبر الغلط فيه عيبا في الرضا، ومتى كان خلاف ذلك بأن كان لشخص العاقد اعتبار عادي، لم يعتبر عيبا في الرضا.

3 – الغلط في القيمة

ومثاله أن يشتري شخص سلعة وهو لا يعلم سعرها الحقيقي في السوق، فيدفع ثمناً معينا، ثم يتبين له فيما بعد أنه وقع في غبن فاحش[2].

---

1 – انظر: الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 485.

2 – ينقسم الغبن عند الفقهاء إلى يسير وفاحش. أما اليسير فهو ما لا يتجاوز حدود التفاوت المعتاد بين الناس، بحيث يدخل تحت تقويم المقومين من الخبراء. أما الفاحش فهو ما يتجاوز التفاوت المعتاد. غير أن بعض المذاهب الفقهية عمدت إلى تفصيل حد الفحش. فالمشهور عند المالكية أن الغبن يكون فاحشا متى بلغ التفاوت في السعر الثلث أو ما زاد عنه. كما روي عنهم أن ضابط الفحش موكول للعرف. أما الأحناف فقد فصلوا ضابط الفحش كالآتي: نصف العشر في العروض المنقولة، عشر في الحيوان، والخمس في العقارات.
وبتفصيل الحنفية أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة 165 منها. =

إنّ في هذه الحالة يكون رضا المشتري معيبًا، لأنه لو كان يعلم السعر الحقيقي للسلعة لما أقبل على شرائها.

فواضح إذن، أن الغلط في القيمة يؤدي إلى الغبن حتمًا. والفقه الإسلامي يميز بين ما إذا كان الغبن فاحشا، أو عاديا.

ففي حالة الغبن الفاحش، يعتبر الغلط عيبًا في الإرادة يخول المشتري الضحية حق إبطال العقد، ومعيار هذا الغلط ذاتي.

أما حالة الغبن العادي، فهو مجرد خلل في النسبة بين سعر السوق والسعر المبذول، ومعياره مادي[1].

4 – الغلط في الحكم الشرعي

إنّ مفاد هذا النوع من الغلط، أن يكون أحد المتعاقدين جاهلا بالأحكام الشرعية التي تترتب على التصرف التعاقدي الذي أقبل عليه.

والأصل أن الجهل بالأحكام الشرعية لا يعتبر عذرا مانعا من تنفيذها على الجاهل بها، وإلا تعرضت جميع التصرفات للانتقاض، بأن يحاول أكثر الناس التهرب من تنفيذ الأحكام الشرعية بحجة جهلهم بها.

ومن هذا المنطلق، قرر الفقهاء عدم قبول الأعذار بغلط الشخص في الحكم الشرعي في مجال التعاقد. فمن أبرم عقدا من العقود ألزم بتنفيذ الأحكام الشرعية المترتبة عليه حتى ولو ادعى أنه لو كان عالما بهذه الأحكام لما أقبل على التعاقد[2].

أما الغلط الذي يقع فيه الشخص في الحكم الشرعي في غير مجال التعاقد، فهذا مجال آخر خارج عن إطار هذا البحث[3].

= لمزيد من التفصيل، انظر: أ – الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 462، هـ 1.

ب – شلبي، مرجع سابق، ص 587 وما بعدها.

1 – انظر: السنهوري، مرجع سابق، مج 1، ج 1، ص 133.

2 – انظر: التركماني، مرجع سابق، ص 175.

3 – انظر: الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 487.

الفرع الثاني

الخـــلابـــــة

إنّ طبيعة الموضوع تقتضي تعريف الخلابة (أولا)، ثم تحديد صور الخلابة وأثرها في الرضا (ثانيا).

أولا – تعريف الخلابة:

الخلابة لغة: المخادعة. قيل: المخادعة باللسان[1].

خلبه بظفره، جرحه أو خدشه أو قطعه. خلبه: خدعه[2].

أما الخلابة اصطلاحًا، فهي عند الفقهاء: « استخدام وسائل احتيالية لإخفاء عيب المعقود عليه وإظهاره بصورة ليس عليها لتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد »[3] أو: « أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضا في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها »[4].

والأصل في الخلابة، ما روي عن عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما أن رجلا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال: « **إذا بايعتَ فقل: لا خلابة** »[5].

ومن هنا كانت الخلابة عيبا في رضا المتعاقد يخوله حق إبطال العقد.

ثانيا – صور الخلابة وأثرها في الرضا[6]:

ذكر الفقهاء للخلابة صورا مختلفة، أهمها أربعة: الخيانة، التناجش، التغرير، وتدليس العيب.

---

1 – ابن منظور، مرجع سابق، خَلَبَ، ج 1، ص 338.

2 – الفيروزآبادي، مرجع سابق، الخِلَبُ، ص 109.

3 – البعلي، مرجع سابق، ص 268.

4 – الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 459.

5 – أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، ج 4، ص 406، ح.ر: 2117.

6 – لتفصيل أحكام الخلابة، انظر: أ – حسين، أحمد فراج، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد، الدار الجامعية، بيروت، (د. ط)، 2001، ص 298 وما بعدها.
ب – الزحيلي، مرجع سابق، ج 4، ص 218 وما بعدها.
جـ – الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 460 وما بعدها.
د – التركماني، مرجع سابق، ص 176 وما بعدها.

1 – الخيانة

وتتجلى حقيقتها فيما يسميه الفقهاء "بيع الأمانة"، وصورته أن يبيع سلعة بنسبة ربح معينة على رأسماله الذي بينه وأفصح عنه، ثم يتبين أنه كذب في بيان رأس ماله بأن كان أقل مما أفصح عنه.

ففي هذه الحالة يكون البائع قد خلب المشتري طمعا في ربح أكثر.

وقد اختلف الفقهاء إزاء هذه الحالة على النحو التالي:

ذهب أبو حنيفة، والشافعية، والحنابلة في الراجح من مذهبهم، إلى أنه يحط من الثمن مقدار الخيانة مع مقدار نسبتها من الربح.

وذهب المالكية، والحنابلة في الرواية الثانية، والإمام محمد بن الحسن الشيباني، صاحب أبي حنيفة، إلى أن المشتري يخيّر بين الأخذ بجميع الثمن، أو أن يترك المبيع ويسترد ما دفع من ثمن، أي إبطال العقد.

2 – التناجش

وصورته أن يتواطأ البائع مع شخص أو أكثر ليتظاهروا بالرغبة في شراء سلعته، ويزايد أحدهم على ثمن الآخرين، وهم في الحقيقة لا حاجة لهم بشرائها، وإنما الغرض من هذا التظاهر والتزاحم هو إيهام الغير بأهمية السلعة وإغرائه بشرائها بغير ثمنها الحقيقي.

اعتبر جمهور الفقهاء التناجش عيبا من عيوب الرضا يخول من وقع ضحية له الحق في إبطال العقد، بشرط أن يكون التفاوت بين السعر الحقيقي للسلعة وسعر الشراء فاحشا.

وقد أعطى المالكية هذا الحق للبائع إذا تواطأ المشتري مع الغير للتدليس على البائع.

وفي مقابل مذهب الجمهور، فإن الحنفية، والشافعية، في رواية ثانية عنهم، ذهبوا إلى القول بأن التناجش لا يعدو أن يكون مكروها دِيانة كراهة تحريم، وبالتالي لا تؤثر قضاءً في صحة الرضا. وعللوا مذهبهم هذا بضرورة الحفاظ على استقرار التعامل.

3 – التغرير

والمراد به عند الفقهاء: « الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد

المتعاقدين في العقد وحمله عليه »[1]. أو هو: « حمل العاقد على معاوضة بطريقة باطلة تجعله يظن أنها في مصلحته وترغبه فيها، والواقع غير ما يظن »[2].

وينقسم التغرير عند الفقهاء، إلى قولي وفعلي.

أ – التغرير القولي

وأكثر وقوعه في السعر، كأن يقول البائع للمشتري، كاذباً، لقد دفع لي المساومون أكثر مما دفعتَ، ولم أقبل ببيعها. أو أن يقول المؤجر للمستأجر إنك لن تجد في البلد من يؤجر لك بهذا الثمن.

ولقد أثبت الفقهاء للطرف الضحية حق إبطال العقد بشرط أن يصحب هذا التغرير غبن فاحش في السعر.

ب – التغرير الفعلي

ومجاله تزوير وصف في محل المعقود عليه بطرق مختلفة، لإغراء الطرف الثاني بالتعاقد، وصوره كثيرة، منها:

صورة الشاة المصرّاة المشهورة عند الفقهاء، وهي أن يعمد البائع إلى الشاة قليلة اللبن، فيربط أخلاف ضرعها مدة معينة حتى يجتمع لبنها ويمتلئ ضرعها، ثم يعرضها للبيع، فيغتر المشتري بهذا الوصف فيها فإذا حلبها مرة تبين له أنها ناضبة.

ولقد ثبت النهي عن تصرية الإبل والغنم. فقد روي عن أبي هريرة ﷺ، عن النبي ﷺ أنه قال: « **لا تَصَرُوا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر** »[3].

ومن صور التغرير الفعلي في هذا الزمان، تفنّن بعض التجار في تزوير الأوصاف في السيارات، سواء في هياكلها أو في محركاتها. بحيث يظهرون ما هو

---

1 – الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 463.

2 – الخفيف، مرجع سابق، ص 327.

3 – أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم...، ج 4، ص 436، ح.ر: 2148.

جيد فيها، ويتفننون في عرضه والإغراء به، ويخفون، بطرق احتيالية، ما هو مغشوش فيها ورديء.

وعلى أية حال، ففي كل صور التغرير الفعلي، يكون المتعاقد قد وقع ضحية تغرير في وصف محل المعقود عليه، بحيث لولا ذلك التغرير لما أقبل على التعاقد أصلاً. ولذا فإن الفقهاء، قد أثبتوا للمتضرر خيار إبطال العقد وإن لم يصحبه غبن لأن رضاه معيب غير سليم.

4 – تدليس العيب

وتدليس العيب هو: « أن يكتم أحد المتعاقدين عيبًا خفيًا في محل العقد عن المتعاقد الآخر، في عقود المعاوضة »[1].

فمن اشترى سلعة بثمن معين، ثم تبين له أن هذه الأخيرة معيبة بعيب خفي فيها، أو استأجر محلاً تجاريا لممارسة نشاط تجاري معين، أو مهنة حرة معينة، ثم تبين له أن في المحل عيبًا خفيا لم يظهره المتعاقد الآخر عند التعاقد، ففي هاتين الحالتين، أثبت الفقهاء للمتعاقد المدلّس عليه حق إبطال العقد، وهو ما تعارفوا على تسميته "خيار العيب".

واتفقوا على أن هذا الحق يثبت للطرف ضحية التدليس، سواء علم البائع أو المؤجر بوجود العيب أو لم يعلم. ذلك أن رضا المشتري أو المستأجر قام على أساس السلامة من العيوب. فإذا ظهر عيب بعد ذلك فقد انهار الأساس الذي قام عليه الرضا، فشرع خيار العيب لتدارك الخلل الذي أصاب الرضا، لأن الغرض المعقود عليه هو الانتفاع به، ولا يكون هذا الانتفاع كاملا، إلا مع سلامة المعقود عليه من أي عيب يخل أو ينقص من ذلك الانتفاع.

الفرع الثالث

الإكـــــــراه

لقد عني الإسلام بالإكراه كعيب من عيوب الرضا، وعارض من عوارض الأهلية، عناية ظاهرة جعلته يبرز بروزًا واضحًا، خلافا للغلط والخلابة.

---

1 – التركماني، مرجع سابق، ص 181.

ومرد ذلك إلى كون أساس الإكراه أساس موضوعي، بسبب ما يتصل به من وسائل العنف التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة، وليست وسائل معنوية خفية[1].

وانطلاقا من الأهمية الخاصة التي يكتسيها الإكراه باعتباره أشد العيوب تأثيرا في الرضا، ونظرا لما للإكراه من علاقة مباشرة بموضوع هذا البحث، فإنّ المقام يقتضي التعرض لهذا الموضوع من عدة جوانب أساسية: مظاهر عناية الفقه الإسلامي بالإكراه (أولا)، تعريف الإكراه (ثانيا)، أنواع الإكراه (ثالثا)، شروط الإكراه (رابعا)، مصدر الإكراه (خامسا) ثم أثر الإكراه في التصرفات التعاقدية (سادسا).

أولا – مظاهر عناية الفقه الإسلامي بالإكراه:

من مظاهر عناية الفقه الإسلامي بالإكراه عناية متميزة، تخصيص الفقهاء بابا خاصا للإكراه في مؤلفاتهم، وبصفة خاصة، فقه الحنفية، هذا الفقه الذي أسهب في بسط أحكام الإكراه مفصلة مدققة[2].

ولقد ذكر "السرخسي" أن الإمام "محمد بن الحسن الشيباني" صاحب أبي حنيفة، ألَّف في الإكراه كتابا مستقلا، فرّع فيه مسائل الإكراه. غير أن بعض حُسَّاده سعوا بخبر الكتاب إلى الخليفة وقالوا إنه صنف كتابًا سمَّاك فيه لصًّا غالبا. فابتلى الإمام محمد رحمه الله بسبب تصنيفه هذا الكتاب[3].

إن عناية الأحناف بالإكراه قد تجاوزت حد إفراده بالتأليف، حتى صاروا يحتاطون فيه عند كتابة الشروط والوثائق فيما بين المتعاقدين، فكانوا ينصون فيها على أن العقد « تم بين فلان وفلان دون إكراه، وأنهما رضيا بالعقد غير خائفين ولا مكرهين ولا مضطرين ».

---

1 – انظر: أ – السنهوري، مرجع سابق، مج 1، ج 1، ص 183.

ب – الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 366.

2 – انظر: شقرة، عيسى زكي محمد، الإكراه وأثره في التصرفات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1987، ص 6.

3 – انظر تفصيل قصة هذا الكتاب عند السَّرَخْسي، محمد بن أحمد (ت 483هـ)، المبسوط، دار الفكر، بيروت، ط 1، 2000، ج 24، ص 73.

وإمعانا في الاحتياط، كان بعض القضاة يرفضون الوثائق التي لا تنص على ذلك[1].

ثانيا – تعريف الإكراه:

1 – تعريف الإكراه لغةً:

جاء في القاموس المحيط: الكره: الإباء والمشقة، أو بالضم: ما أكرهت نفسك عليه. وبالفتح ما أكرهك غيرك عليه[2].

2 – تعريف الإكراه اصطلاحا:

أعطيت للإكراه تعريفات كثيرة – منها:

أ – « إلزام الغير بما لا يريده »[3].

ب – « حمل الغير على أمر لا يريد مباشرته بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير به خائفا »[4].

جـ – « حمل الإنسان غيره على ما لا يرضاه قولا أو فعلا بحيث لو خلا بنفسه لم يفعله »[5].

د – « الضغط على إنسان بوسيلة مؤذية أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك »[6].

إن نظرة تحليلية لهذه التعريفات المختلفة للإكراه، تدفع لتسجيل الملاحظات الآتية:

1 – إن بعض هذه التعريفات تتسم بالعموم وعدم الدقة من حيث المعنى، كالتعريف الأول.

2 – إنّ بعضها يشوبها نقص في الدقة في استعمال المصطلح، كالتعريف الرابع[7].

---

1 – انظر: القرة داغي، مرجع سابق، ص 437 وما بعدها.

2 – الفيروزآبادي، مرجع سابق، كره، ص 1259.

3 – ابن حجر، مرجع سابق، ج 12، ص 377.

4 – الجبوري، حسن خلف، عوارض الأهلية عند الأصوليين، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط 1، 1988، ص 472 وما بعدها (رسالة دكتوراه).

5 – التركماني، مرجع سابق، ص 157.

6 – الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 452.

7 – إن مصطلح الإجبار لا يفيد بالضرورة معنى الإكراه، لأن الفقهاء، عموما، يطلقون لفظ الإجبار على ما كان حقًّا من التصرفات، كأن يكون بموجب ولاية شرعية كإجبار فاقد الأهلية أو ناقصها على الزواج. في حين أنهم يطلقون لفظ الإكراه على ما لم يكن حقا من التصرفات. لمزيد من التوضيح، انظر: شفرة، مرجع سابق، ص 149.

3 – إنّ أغلب هذه التعريفات تصدق على مطلق الإكراه، معتبرا كان أو غير معتبر. في حين أن تعريف الإكراه، في هذا المقام، ينبغي أن يكون دقيقا بحيث ينطبق على الإكراه المعتبر شرعًا عيبا من عيوب الرضا، دون غيره من صور الإكراه التي تصح معها التصرفات التعاقدية.

ومن منطلق هذه المآخذ والملاحظات، أقترح التعريف الآتي:

الإكراه هو: « تهديد شخص بوسيلة مرهبة تحمله على القيام بتصرف تعاقدي معين دون رضاه ».

ثالثا – أنواع الإكراه:

1 – تقسيم الفقهاء لأنواع الإكراه

إن المتتبع لتقسيم الفقهاء لأنواع الإكراه يلاحظ أن الجمهور يقسمونه إلى نوعين(1): **الأول:** إكراه بحق، وهذا لا يعتبرونه عيبا من عيوب الرضا، لأن المقصود منه عندهم، إلحاق الحقوق بأصحابها وإلزام الأشخاص بأحكام الشرع.

وهذا النوع في الحقيقة لا يمكن اعتباره إكراها بالمعنى الاصطلاحي، وإنما هو أقرب إلى معنى الإجبار عند الفقهاء.

أما **النوع الثاني**: الإكراه بغير حق، فيقصدون به جميع صور الإكراه سواء تلك التي لها تأثير في التصرفات التعاقدية، أو تلك التي ليس لها تأثير فيها.

وهذا تقسيم في الحقيقة ينقصه الوضوح، إذ أنه تقسيم يقوم على تتبع جزئيات التصرفات القولية والفعلية المتناثرة عبر أبواب الفقه المختلفة.

أما الأحناف، فقد اعتمدوا تقسيما منطقيا واضحا لأنواع الإكراه، يمكن أن تُصبّ فيها تقسيمات الفقهاء الآخرين.

---

1 – انظر: أ – الشيخ، عبد الفتاح حسيني، الإكراه وأثره في الأحكام الشرعية، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، ط 2، 1992، ص 46.

ب – التركماني، مرجع سابق، ص 160.

قسّم الأحناف الإكراه إلى ثلاثة أنواع هي[1]:

النوع الأول: إكراه ملجئ (تام)

وهو الإكراه الذي لا يمكن للمستكره أن يواجهه ويصبر عليه، لأن ضرره جسيم. كأن يهدد بالقتل، أو قطع عضو من أعضاء الجسم، أو إتلاف جميع المال، أو الضرب الشديد، والحبس المديد، وأمثال ذلك من الوسائل الشديدة التأثير على نفس المستكره، والتي تأسر الإرادة وتقسرها مباشرة.

النوع الثاني: إكراه غير ملجئ

وهو ما يكون التهديد فيه دون ما تقدم في الإكراه الملجئ، كالحبس المؤقت، والضرب غير المبرح، أو إتلاف المال اليسير، وغير ذلك من وسائل التهديد التي لا تقسر الإرادة.

النوع الثالث: إكراه أدبي

والمقصود به، التهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع، أو الزوج، أو أي قريب محرم. وكذا التهديد بقتله أو إتلاف جميع أمواله، أو الاعتداء على عرضه، إلى غير ذلك من وسائل التهديد.

وهذا النوع من الإكراه، قد تعرض له الأحناف وغير الأحناف في ثنايا مؤلفاتهم، وقد اختلفوا في حكمه على النحو الآتي:

أ – الأحناف

إن متقدمي الأحناف لم يعتبروه إكراهًا، فهو بالنسبة إليهم لا يهدم الرضا ولا يفسد الاختيار، وبالتالي لا يؤثر في التصرفات بوجه عام.

---

1 – انظر: أ – علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي (400 – 482هـ)، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1997، ج 4، ص 538.

ب – ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (926 – 970هـ)، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، (د.ط.س)، ج 8، ص 80.

جـ – أبو صفية، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها.

د – الجبوري، مرجع سابق، ص 476 وما بعدها.

هـ – الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 453 وما بعدها.

وهذا ما ذهب إليه "الزيلعي"[1]، و"البزدوي"[2].

أما متأخرو الأحناف فاعتبروه إكراها استحسانا، لا قياسا وممن ذهب إلى هذا، "الكمال ابن الهمام"[3].

ب – المالكية

اعتد المالكية بالإكراه الأدبي، في الراجح عندهم، وذلك إذا كان التهديد يتعلق بقتل الولد أو الوالد[4].

جـ – الشافعية

أما الشافعية، فقد اعتبروه إكراها، وهذا هو اختيار الإمام النووي في الروضة[5].

د – الحنابلة

للحنابلة في الإكراه الأدبي قولان: الأول يعتبره إكراها، أما الثاني فلا يعتبره كذلك[6].

2 – الرأي الراجح في الإكراه الأدبي

إذا كان لتقسيم الإكراه إلى ثلاثة أنواع، ما يبرره ويجعله تقسيما معقولا، فإنه يمكن تسجيل بعض الملاحظات على النوع الثالث، الإكراه الأدبي.

أ – إن أغلب وسائل الإكراه، إنما يختلف أثرها في شخص المستكره بحسب حالته البدنية والمعنوية.

---

1 – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، (د.ب.ط.س)، ج 5، ص 182.

2 – انظر: كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 4، ص 538.

3 – انظر: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (790 – 861هـ)، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، (د.ط.س)، ج 9، ص 235 وما بعدها.

4 – انظر: الدسوقي، محمد بن أحمد (ابن عرفة) (ت 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1996، ج 2، ص 369.

5 – انظر: السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (849 – 911هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، (د. ط)، 1403هـ، ص 209.

6 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8، ص 260.

فقد تؤثر وسيلة ما في شخص فيستسلم للمُكرِه، وينفذ ما أكره عليه. في حين أن الوسيلة ذاتها قد لا تنال من قوة شخص آخر، فلا يقبل على ما أكره عليه[1].

وفي هذا المعنى، روي عن عبد الله بن مسعود ﷺ أنه قال: « ما من كلام أتكلم به يَدْرأ عني ضربتين بسوط غير ذي سلطان، إلا كنت متكلمًّا به »[2].

ب – إن الإكراه المعنوي، بالمعنى سالف الذكر، إكراه تام يجب اعتباره، إذ العبرة في الإكراه، بعاملين اثنين:

الأول: مادي موضوعي، يتمثل في استعمال وسائل معينة للإكراه، تهدد بخطر جسيم محدق.

الثاني: نفسي ذاتي، يتمثل في رهبة تتولد في نفس المستكره تحمله على التعاقد.

جـ – يستحسن ترك تقدير الإكراه لسلطة القاضي، الذي يأخذ في الحسبان جملة من الاعتبارات في شخص من وقع عليه الإكراه، كالجنس، السنّ، والحالة الاجتماعية والصحية، وكذا كل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه.

إنّ العبرة في الإكراه ليست في مجرد الوسائل التي وقع التهديد بها فحسب، وإنما يجب الالتفات إلى الرهبة التي تتكون عند المستكره، والاختلال النفسي الذي يدفعه إلى التعاقد دون حرية ورضا كامل منه.

رابعًا – شروط الإكراه[3]:

يشترط في الإكراه باعتباره عيبا من عيوب الرضا في مجال التعاقد، جملة من الشروط، ذكرها الفقهاء، نلخصها فيما يلي:

---

1 – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج 5، ص 182.

2 – انظر: ابن حزم، مرجع سابق، ج 8، ص 336.

3 – لمزيد من التفصيل في الموضوع، انظر: أ – الزحيلي، مرجع سابق، ج 4، ص 214.

ب – الزرقاء، مرجع سابق، ج 1، ص 370.

جـ – السنهوري، مرجع سابق، مج 1، ج 1، ص 186 وما بعدها.

د – الشيخ، مرجع سابق، ص 42 وما بعدها.

1 – أن يكون المكرِه قادرا على تنفيذ ما هدّد به، فلو كان باستطاعة المستكره التخلص من أذى المكره بهرب، أو ومقاومة، أو استعانة بالغير، بطل الإكراه وصحّ العقد، إن وقع.

2 – أن يحدث لدى المستكره رهبة في النفس، بحيث يتمكن منه الخوف بأن المكرِه سيوقع عليه ما هدده به إن لم ينفذ ما أمره به.

3 – أن يكون الشيء المهدّد به عاجلا، حالا، غير مؤجل. أما لو كان مؤجلا سيوقعه عليه في المستقبل، لم يتحقق الإكراه.

4 – أن تكون هناك علاقة سببية وثيقة بين الوسيلة المستعملة للإكراه، والتصرف الذي يراد من المستكره القيام به، حيث إن الإكراه يتحقق متى كان المستكره يدفع عن نفسه ما هو أعظم مما هو مقبل عليه تحت التهديد.

فلو هدد شخص بضرب خفيف، أو بحبس مدة قصيرة لحمله على إمضاء التزام باهظ، لوجب عليه أن يحتمل هذا التهديد الهين ويمتنع عن إمضاء الالتزام الباهظ.

فمتى تحققت هذه الشروط اعتبر الإكراه، وحق للطرف ضحية الإكراه أن يتحلل من تبعات الالتزام، على ضوء ما سأبيّنه في أثر الإكراه في التصرفات التعاقدية.

ومتى اختل أحد هذه الشروط، كان التصرف صحيحا والإكراه غير معتبر شرعًا.

خامسا – مصدر الإكراه[1]:

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن الإكراه يقع من السلطان ومن غير السلطان، بحيث كل متغلب يقدر على تنفيذ ما هدّد به مما يحدث في النفس الرهبة، يتحقق منه الإكراه، سلطانا كان أو لصًا.

هذا رأي الجمهور، وصاحبي أبي حنيفة.

أما الإمام أبو حنيفة، فقد خالف الجمهور في هذه المسألة، فهو يرى أن الإكراه لا

1 – انظر، المراجع السابقة: أ – أبو صفية، ص 34 وما بعدها.
ب – السنهوري، مج 1، ج 1، ص 189 وما بعدها.
جـ – الشيخ، ص 27، ص 47، ص 51.
د – ابن حزم، ج 8، ص 335 و336.

يتحقق إلا من السلطان، لأن غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد به، ولأن ضحية الإكراه يستغيث بالسلطان فيغيثه. أما لو كان المكرِه هو السلطان، فلا يجد غوثا.

وقد رجح متأخرو الأحناف رأي الصاحبين[1]، الموافق لرأي الجمهور، وعلّلوا ذلك بقولهم:

« هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، لأن في زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الإكراه، فأجاب بناء على ما شاهد. وفي زمانهما ظهر الفساد، وصار الأمر إلى كل متغلب، فيتحقق الإكراه من الكلِّ »[2].

وبهذا التحقيق والترجيح، يكون الإكراه واقعا، عند كل الفقهاء، سواء كان مصدره السلطان، أو غير السلطان.

سادسا – أثر الإكراه في التصرفات التعاقدية:

إنّ الثمرة المرجوة من دراسة موضوع الإكراه كعيب من عيوب الرضا، في نطاق هذا البحث، هي التوصل إلى تحديد أثر الإكراه في التصرفات التعاقدية عمومًا، وفي عقد الزواج، خصوصًا.

وفي هذا الصدد، يمكن القول منذ البداية، بأن آراء الفقهاء قد تشعبت وتباينت بشأن تحديد مصير العقود التي يشوبها الإكراه.

ولبيان ذلك يجب التطرق لأثر الإكراه في التصرفات التعاقدية بوجه عام (1)، ثم أثر الإكراه في عقد الزواج (2)، ثم تقدير الآراء الفقهية في المسألة (3).

1 – أثر الإكراه في العقود بوجه عام

على الرغم من تباين الآراء الفقهية بشأن مصير العقود التي تبرم تحت تأثير الإكراه، إلا أنه بالإمكان التمييز – ابتداءً – بين اتجاهين ظاهريين متعارضين، ثم نذكر الآراء التفصيلية ضمن كل من الاتجاهين.

---

1 – انظر: البرهانبوري، نظام الدين (لم أعثر له على ترجمة) وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، دار الفكر، بيروت، 1991، ج 9، ص 99.

2 – ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (1198 – 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 2000، ج 6، ص 129.

أ – الاتجاه الأول: الأحناف[1]

ميز الأحناف بين التصرفات التي تقبل الفسخ، أي التصرفات الفعلية، كالبيع والهبة، وتلك التي لا تقبل الفسخ، أي التصرفات القولية، كالزواج والطلاق.

قالوا: إن التصرفات التي لا تقبل الفسخ، كالزواج والظهار واليمين، تصح مع الإكراه لأنها لا تقبل الفسخ.

أما التصرفات التي تقبل الفسخ، كعقد البيع والهبة، فلا تصح مع الإكراه.

غير أن الأحناف اختلفوا في مصير هذه التصرفات التي تقبل الفسخ على رأيين: الفساد عند أبي حنيفة وصاحبيه، أما "زُفَرُ" فإنه ذهب إلى اعتبار هذه التصرفات صحيحة مع الإكراه غير أنها غير نافذة، موقوفة على إجازة المستكره.

وعلل "زُفَرُ" ذلك بقوله: إن الإكراه في هذه التصرفات، إنما يخل بحق المستكره ومصلحته الخاصة، ويكفي لحمايته اعتبار هذا التصرف موقوفاً على إجازته بعد زوال الإكراه.

ب – الاتجاه الثاني: الجمهور

خالف الجمهور الأحناف فيما ذهبوا إليه من تقسيم التصرفات إلى قسمين: تصرفات تقبل الفسخ، وأخرى لا تقبل الفسخ.

إنّ الجمهور لم يفرقوا بين عقد البيع وعقد الزواج من حيث حكم كل منهما إذا شابه إكراه معتبر. فجميع التصرفات التعاقدية عندهم معيبة إذا تمت تحت تأثير الإكراه[2].

واستدل جمهور الفقهاء لمذهبهم بحديث ابن عباس ﵁، أن النبي ﷺ قال: « **إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** »[3]، قال الإمام

---

1 – انظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود (ت 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ط)، 1982، ج 7، ص 186.

2 – انظر: التندي، مرجع سابق، ص 241.

3 – أخرجه ابن ماجة في كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ج 1، ص 659، ح.ر: 2045. صححه الألباني وقال: « ظاهر إسناده الصحة لأن رجاله كلهم ثقاة. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي واحتج به ابن حزم وصححه المعلق عليه المحقق العلامة أحمد شاكر "رحمه الله" ». انظر: إرواء الغليل، مرجع سابق، ج 1، ص 123.

"الشافعي" رحمه الله: « إن الله تعالى لمَّا وضع الكفر عمّن تلفظ به حال الإكراه وأسقط عنه أحكام الكفر كذلك سقط عن المكره ما دون الكفر، لأن الأعظم إذا سقط سقط ما هو دونه بطريق الأولى »[1].

أما عن مصير العقد المعيب بالإكراه، فقد اختلف الجمهور بشأنه، على النحو الآتي:

فعند المالكية[2]، تعتبر هذه العقود صحيحة غير لازمة، موقوفة على إجازة المستكره، إن أجازها لزمت، وإن لم يجزها بطلت.

أما عند الشافعية[3] والحنابلة[4]، فتعتبر هذه العقود، المشوبة بالإكراه، باطلة، لأن الرضا عندهم شرط انعقاد العقود، والمستكره إنما قصد إلى إنقاذ نفسه لا إلى إنشاء العقد، وذلك متى انتهى الإكراه إلى حد الإلجاء.

2 – أثر الإكراه في عقد الزواج

لقد سبق الكلام عن أثر الإكراه في التصرفات التعاقدية بوجه عام، وعقد الزواج تصرف تعاقدي داخل في سائر التصرفات التعاقدية بوجه عام، غير أنّ المقصود بهذه الفقرة – حصرا – إنّما هو استخلاص موقف الفقه الإسلامي من عقد الزواج إذا تم إبرامه تحت تأثير الإكراه، لما لهذه المسألة من علاقة مباشرة بموضوع البحث.

وفيما يلي، موقف كل مذهب على حدة.

أ – الأحناف

ذهب الأحناف إلى تصحيح زواج المكره، قال الكاساني: « التصرفات الشرعية نوعان: إنشاء وإقرار. والإنشاء نوعان: نوع يحتمل الفسخ ونوع لا يحتمله. أما الذي لا يحتمل الفسخ فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح »، إلى أن قال: « وهذه التصرفات جائزة مع الإكراه »[5].

---

1 – الصنعاني، مرجع سابق، ج 3، ص 1090.

2 – انظر: الدسوقي، مرجع سابق، ج 2، ص 370.

3 – انظر: السيوطي، مرجع سابق، ص 203.

4 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 5، ص 271.

5 – الكاساني، مرجع سابق، ج 7، ص 182. انظر كذلك: البرهانبوري، مرجع سابق، ج 5، ص 35.

ب – المالكية

من شروط صحة النكاح عند المالكية عدم الإكراه.

فلا يصح نكاح مُكرَه أو مكرَهة، ويفسخ أبدا. ولو أجيز فلا بدّ من تجديد عقد، واستبراء من الماء الفاسد إن حصل دخول[1].

جـ – الشافعية

لا نكاح مع الإكراه عند الشافعية « ولا يجوز النكاح إلا بولي وشاهدي عدل ورضا المكنوحة والناكح »[2].

د – الحنابلة

يعتبر الحنابلة كل تصرف قولي لا يقبل الفسخ، معدوم إن وقع تحت تأثير الإكراه، قال "البهوتي": « الإكراه على العتق واليمين ونحوهما كالظهار. كالإكراه على الطلاق، فلا يؤخذ في شيء من ذلك »[3].

هـ – الظاهرية

نكاح المكره عند الظاهرية كطلاقه، مردود أبدًا، قال ابن حزم: « ... فمن حكم بإمضاء نكاح مكره، أو طلاق مكره، أو عتق مكره، فحكمه مردود أبدا. والواطىء في ذلك النكاح، وبعد ذلك الطلاق، وبعد ذلك العتق، إن تزوج المطلقة والمعتقة، زانٍ يجلد ويرجم إن كان محصنًا، أو يجلد مائة ويغرَّب عامًا إذا كان غير محصن »[4].

3 – تقدير الآراء الفقهية بشأن أثر الإكراه في التصرفات التعاقدية

من خلال عرض الآراء الفقهية المختلفة، باختصار وتركيز، يبدو لي بأن رأي الجمهور أصوب، لأنه كفيل بتحقيق مقاصد الشريعة في مجال التعاقد.

---

1 – انظر: الصاوي، أحمد بن محمد (1175 – 1241هـ)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، (د.ب.ط.س)، ج 2، ص 373 و 374.

2 – الشافعي، محمد بن إدريس (150 – 204هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1393هـ، ج 7، ص 156.

3 – البهوتي، منصور بن يونس (1000 – 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1402هـ، ج 5، ص 237.

4 – ابن حزم، مرجع سابق، ج 8، ص 335.

فهو رأي يصون مبدأ الرضا وحرية التعاقد، ويسد ذرائع الفساد والظلم، وتشهد له نصوص السنة النبوية الشريفة، هذا إجمالا.

أما تفصيلا، فإنّ رأي الشافعية أصوب وأدق، ذلك أن الإكراه، على ضوء ما سبق بيانه، يؤثر في الإرادة العقدية تأثيرا مباشرا، ويأسرها بل ويعدمها إعدامًا، فقرروا لذلك حكم البطلان لكلّ التصرفات التعاقدية المشوبة بالإكراه، وذلك خلافًا لغيرهم الذين فرقوا – في تقرير حكم البطلان – بين عقد الزواج وغيره من العقود.

ومن هذا المنطلق، كان ترتيب البطلان على كل تصرفات المكره التعاقدية وفق منهج الشافعية، يعتبر بحق خير حماية للإرادة العقدية الحرة، وخير ضمان لمبدأ الرضا في العقود الذي اتفقت الاجتهادات الإسلامية على اعتباره أساس العقود وجوهرها[1].

1 – ولعل هذا ما دفع الإمام البخاري في كتاب الإكراه إلى عنونة أحد أبوابه "باب لا يجوز نكاح المكره"، ج 12، ص 386.

البـاب الأوّل

مفهوم المكلّفة في الشريـعة الإسلاميـة

وقانـون الأسرة الجزائري

إنّ موضوع هذا البحث يستبعد الخوض في مسائل الصغيرة والبالغة غير العاقلة، إنما مجاله هو "المكلّفة"، أي، العاقلة البالغة.

ولعلّ هذا الحصر يملي على الباحث بالضرورة، تحديد مفهوم المكلفة تحديدا دقيقا، جامعا، مانعاً يزول معه كلّ التباس أو غموض.

ولقد تعرض علماء الشريعة لموضوع التكليف في كتب علم أصول الفقه، وبوجه التحديد في باب أو مبحث "المحكوم عليه"[1].

ولدراسة هذا الموضوع، مفهوم المكلفة، فإنّه من الملائم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، مفهوم التكليف (الفصل الأوّل)، المكلّفة بين البكارة والثيوبة (الفصل الثاني).

الفصل الأوّل

مفهوم التكليف

ولتوضيح مفهوم التكليف أقسم هذا الفصل إلى مبحثين: شروط التكليف (المبحث الأول)، معرفة حد البلوغ (المبحث الثاني).

---

1 – انظر على سبيل المثال: أ – الشوكاني، محمد بن علي (1172 – 1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1999، ص 72 وما بعدها.

ب – الغزالي، محمد بن محمد (450 – 505هـ)، المستصفى من علم الأصول، تحقيق وتعليق: د. محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1997، ج 1، ص 158 وما بعدها.

جـ – زيدان، عبد الكريم، الوجيز في علم أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1994، ص 87 وما بعدها.

د – شعبان، زكي الدين، أصول الفقه الإسلامي، دار القلم، لبنان، ط 3، 1974، ص 275 وما بعدها.

المبحث الأوّل

شروط التكليف

من المسائل المحسومة عند الفقهاء والأصوليين، أنّ الشخص لا يكون مكلفا مخاطبا بالأحكام الشرعية حتى يتحقق فيه شرطان أساسيان، هما: العقل والبلوغ. ولذلك يتطلب الأمر بيان مفهوم العقل (المطلب الأوّل)، ثمّ مفهوم البلوغ (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

مفهوم العقل

يمكن تحديد هذا المفهوم من خلال بيان منزلة العقل وطبيعته (الفرع الأول)، ثم تعريف العقل لغة واصطلاحا (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

منزلة العقل وطبيعته

أولا – منزلة العقل:

لقد امتنّ الله عزّ وجلّ على الإنسان بأن منحه نعمة العقل الذي يميزه عن سائر الحيوانات فقال: ﴿ **قُلْ هُوَ الَّذِي أَنْشَأَكُمْ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالأَبْصَارَ وَالأَفْئِدَةَ قَلِيلاً مَا تَشْكُرُونَ** ﴾ الملك: 23. والأفئدة هي محل العقول كما قال سبحانه وتعالى: ﴿ **أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الأَرْضِ فَتَكُونَ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا أَوْ آذَانٌ يَسْمَعُونَ بِهَا فَإِنَّهَا لا تَعْمَى الأَبْصَارُ وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ** ﴾ الحج: 46.

وهذه النعمة هي التي ترفع صاحبها إلى مستوى التكاليف الشرعية الإلهية، وتؤهله لإدراكها وفهمها. فالعقل هو مناط التكليف.

ومما يؤكد منزلة العقل، أنه واحد من الضروريات الخمس التي عني الإسلام بحفظها، فالشريعة تدور أحكامها حول خمسة أمور هي أمهات لكل الأحكام الفرعية،

وهي: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ العرض وحفظ المال[1].

ومن أجل حماية العقل، حرمت الشريعة الإسلامية الخمر والمخدرات لجامع السكر فيهما. قال ابن تيمية: « ... بل كل ما يزيل العقل فإنّه يحرم أكله ولو لم يكن مسكرا... وأما قليل الحشيشة المسكرة فحرام عند جماهير العلماء كسائر القليل من المسكرات، وقول النبي ﷺ « **كل مسكر خمر وكل خمر حرام** »[2]، يتناول ما يسكر »[3].

ثانيا – طبيعة العقل:

إنّ العقل بطبيعته وصف باطني خفي، له درجات متفاوتة وليس كلّ درجة منها تصلح لأن تكون مناطًا للتكليف، لأن الإنسان في بعض هذه الدرجات يكون قاصرًا عن فهم أدلة التكليف، وعاجزًا عن تدبّر العمل الذي يكلّف به، ولما كان الأمر كذلك، جعل الشارع أمرًا ظاهرًا منضبطًا، هو البلوغ عاقلا[4].

« فإذا بلغ الإنسان الحلم وكانت أقواله وأفعاله جارية على حسب المألوف المعتاد بين الناس ممّا يستدل به على سلامة عقله، حكم بتكليفه لتحقق شرط التكليف وهو البلوغ عاقلا... »[5].

وهذا يعني أنّ العقل ليس مكتسبا من العبد، بل هو هبة إلاهية ومنحة ربانية أنعم الله تبارك وتعالى بها على هذا الإنسان تمييزا له عن سائر الحيوان.

ومن هذا المنطلق، فلا تكليف للصبي والمجنون، والنائم، ومن في حكمهم، عملا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: « أوتي عمر رضي الله عنه بمبتلاة قد فجرت

---

1 – انظر: الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، توزيع المكتبة السلفية، الرباط، ط 1، 1990، ص 152 وما بعدها (رسالة دكتوراه).

2 – أخرجه مسلم في كتاب الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام. انظر: النيسابوري، مسلم بن الحجاج (206 – 261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1991، ج 3، ص 1587، ح.ر: 2003.

3 – ابن تيمية، مرجع سابق، ج 17، ص 228.

4 – انظر: شعبان، مرجع سابق، ص 275.

5 – زيدان، مرجع سابق، ص 87 و88.

فأمر برجمها فمر بها علي بن أبي طالب ﷺ ومعها الصبيان يتبعونها فقال: ما هذه؟ قالوا: أمر بها عمر أن ترجم قال: فردها وذهب معها إلى عمر رضي الله عنه وقال: **ألم تعلم أن القلم رفع عن المجنون حتى يعقل وعن المبتلى حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم؟ »**[1].

الفرع الثاني

تعريف العقل

أولا – تعريف العقل لغة:

جاء في لسان العرب: « العقل: الحجر والنهى ضد الحمق. رجل عاقل وهو الجامع لأمره ورأيه. وقيل العاقل الذي يحبس نفسه ويردها عن هواها. والعقل: التثبت في الأمور ويسمى العقل عقلا لأنه يعقل صاحبه عن التورط في المهالك، أي: يحبسه »[2].

وقيل العقل: هو التميز الذي به يتميز الإنسان من سائر الحيوان.

وجاء في القاموس المحيط: « العقل العلم بصفات الأشياء من حسنها وقبحها وكمالها ونقصانها، أو العلم بخير الخيرين وشر الشرين. والحق أنّه نور روحاني به تدرك النفس العلوم الضرورية والنظرية وابتداء وجوده عن اجتنان الولد ثم لا يزال ينمو إلى أن يكمل عند البلوغ »[3].

وبتأمل هذه المعاني اللغوية مجتمعة، يتبيّن أنها تدل على أنّ العقل في مفهوم العرب هو العاصم الذي يعصم الإنسان – بعد توفيق الله تبارك وتعالى وهدايته – من الطيش والحمق والتسرع في الأمور دون روية وأناة، وذلك مما يضفيه عليه ذلك العقل من الوعي والإدراك، الأمر الذي يقيه مخاطر الزلل والخطل[4].

---

1 – أخرجه الحاكم في كتاب الحدود، ج 4، ص 429، ح.ر: 8168. وقال: « هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ». وعلق عليه الذهبي في التلخيص: « على شرط البخاري ومسلم ». انظر: الحاكم، مرجع سابق، ج 4، ص 429.

2 – ابن منظور، مرجع سابق، عقل، ج 6، ص 540.

3 – الفيروزآبادي، مرجع سابق، عقل، ص 1046 و1047.

4 – الضويحي، علي بن سعد، "العقل عند الأصوليين، عرض ودراسة"، مجلة جامعة أم القرى، العدد 20، السنة 1999، ص 172.

ثانيا – تعريف العقل اصطلاحا:

صرح بعض الأصوليين بأنّه من الصعوبة بمكان بيان حقيقة العقل من الناحية الاصطلاحية، كما ذكر ذلك إمام الحرمين "الجويني"، رحمه الله تعالى، حين قال: « فإن قيل: فما العقل عندكم؟ قلنا ليس الكلام فيه بالهين »[1]. ولعل مرجع هذه الصعوبة اختلاف اصطلاحات العلماء في تحديد معناه نظرا لكونه اسما مشتركا يطلق على عدة معانٍ، أهمها أربعة قيلت في العقل لا ينفك واحد منها عن الآخر، متى فقد واحد منها قيل لصاحبه: ليس له عقل.

المعنى الأولى: الغريزة في الإنسان والتي يمتاز بها عن سائر الحيوان.

المعنى الثاني: العلوم التي تلازم الإنسان العاقل كالعلم بالممكنات والواجبات والممتنعات.

المعنى الثالث: العلوم المستفادة من التجارب والمكتسبة بواسطة العقل والتي يضبطها الإنسان ويمسكها.

المعنى الرابع: الأعمال التي يستوجبها العلم من إيمان بالله وتصديق بكتبه ورسله والتزام بأمره ونهيه، كحبس النفس على الطاعات وإمساكها عن المعاصي[2].

وعلى الرغم من صعوبة ضبط تعريف اصطلاحي جامع مانع للعقل فإنّ علماء الأصول قد ذكروا تعاريف كثيرة له، نذكر منها[3]:

« القوة المتهيئة لقبول العلم »، « غريزة يتهيأ بها الإنسان إلى فهم الخطاب »، « نور في القلب يعرف الحسن والقبيح والحق والباطل ».

---

1 – الجويني، عبد الملك بن عبد الله (419 – 478هـ)، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: الدكتور عبد العظيم محمود الديب، الوفاء، المنصورة، ط 4، 1418هـ، ج 1، ص 95.

2 – صوفي، عبد القادر بن محمد، "العقل: تعريفه، منزلته، مجالاته ومداركه"، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 79، من رجب إلى شوال 1427هـ، ص 344 وما بعدها.

3 – الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج 30، عقل، ص 264.

عدد أجزاء الموسوعة 45 جزءا، تمّ طبع الموسوعة من سنة 1424هـ – 1427هـ على النحو التالي:

الأجزاء من 1 – 23: دار السلاسل، الكويت، ط 2، (د.س)، الأجزاء من 24 – 38: مطابع دار الصفوة، مصر، ط 1، (د.س). الأجزاء من 39 – 45: وزارة الأوقاف، الكويت، ط 2، (د.س).

وبتأمل هذه التعاريف يتضح أنّ التعريف الثالث للعقل قد يوحي إلى أنّ العقل وحده – بمعزل عن الوحي الإلهي – قادر على التمييز بين الحسن والقبيح والحق والباطل. أما التعريف الأول والتعريف الثاني فيبدو أنهما متكاملان بحيث أن صياغتهما في تعريف واحد تثمر تعريفا يقترب من جوهر العقل وحقيقته، ومن هنا يمكن القول بأنّ العقل هو « غريزة يتهيأ بها الإنسان لقبول العلم وفهم الخطاب ».

المطلب الثاني

البلـــــــوغ

إنّه من المناسب دراسة البلوغ كشرط ثانٍ من شروط التكليف، المتعلقة بالمكلّف، من خلال فكرتين أساسيتين: أهمية البلوغ (الفرع الأول)، ثم تعريف البلوغ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أهمية البلوغ

إنّ البلوغ هو تلك الأمارة التي جعلها الشارع دليلا على كمال العقل والتي متى تحقّقت في الشخص صار مكلّفًا شرعًا، بحيث يتحمّل مسؤولية ما يصدر عنه من تصرفات قولية وفعلية.

وفي هذا المعنى قال الشيخ "أبو زهرة" رحمه الله تعالى، عند حديثه عن الأدوار التي يمر بها الإنسان: « الدور الثالث: دور البلوغ عاقلا وفي هذا الدور توجه إليه كل التكليفات الدينية، فيطالب بالصلاة والحج الصوم وكل ما يطالب به الشارع الإنسان العاقل من تكليفات شرعية، ويؤخذ على كل أفعاله... »(1).

والأصل في اعتبار البلوغ شرطا من شروط التكليف، القرآن والسنة.

فمن القرآن الكريم قول الله تعالى: ﴿ **وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ** ﴾ النور: 59.

ووجه الاستدلال بهذه الآية أنّ الله تعالى جعل البلوغ موجبا للاستئذان.

1 – أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط.س)، ص 226.

ومنه كذلك قوله عز وجل: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا...** ﴾ النساء: 6.

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أن الله تعالى جعل بلوغ النكاح موجبا لارتفاع الولاية المالية على اليتيم، بشرط كونه راشدا.

أما من السنة النبوية، فقول النبي ﷺ « **رفع القلم عن ثلاثة... وعن الصبي حتى يحتلم** »[1]. حيث جعل النبي ﷺ الخروج عن حد الصغر موجبا لكتابة الإثم على من فعل ما يوجبه، لأن المراد بالقلم الحساب، والحساب إنما يكون بعد لزوم الأداء فدل أنّ ذلك لا يثبت إلا باعتدال الحال بالبلوغ عن عقل.

ومن السنة كذلك حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: « **لا تقبل صلاة حائض إلا بخمار** »[2]. حيث جعل النبي ﷺ الحيض من المرأة موجبا لفساد صلاتها إن صلت بغير خمار.

الفرع الثاني

تعريف البلوغ

أتناول تعريف البلوغ لغة (أولا)، ثم تعريفه اصطلاحا (ثانيا).

أولا – البلوغ لغة:

جاء في لسان العرب: بلغ الشيء يبلغ بلوغا وبلاغا: وصل وانتهى. وبلغ الغلام: احتلم كأنه بلغ وقت الكتاب عليه والتكليف. وكذلك بلغت الجارية التهذيب، بلغ الصبي والجارية: إذا أدركا وهما بالغان[3].

---

1 – حديث صحيح، سبق تخريجه، ص 52.

2 – أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب الإمامة وصلاة الجماعة، باب التأمين، وقال: « حديث صحيح على شرط مسلم ». وعلق عليه الذهبي في التلخيص بقوله: « على شرط مسلم ». انظر: الحاكم، مرجع سابق، ج 1، ص 380، ح.ر: 917. كما صححه الألباني بلفظ: « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار ». انظر: إرواء الغليل، مرجع سابق، ج 1، ص 214.

3 – ابن منظور، مرجع سابق، بلغ، ج 5، ص 383 وص 384.

وفي القاموس المحيط: بلغ المكان بلوغا: وصل إليه أو شارف عليه. وبلغ الغلام: أدرك. وجارية بالغ وبالغة: مدركة[1].

ثانيا – البلوغ اصطلاحا:

المراد بالبلوغ في اصطلاح الفقهاء: « انتهاء حد الصغر في الإنسان ليكون أهلا للتكاليف الشرعية »[2]. أو: « عبارة عن قوة تحدث في الشخص يخرج بها من حال الطفولة إلى غيرها ويكون مستعدا للزواج وعندها يكلَّف الأحكام الشرعية »[3].

وبالنظر إلى التعريفين المقترحين، يتبيّن أنهما يلتقيان في المعنى المقصود من البلوغ، بوجه عام.

غير أنه يترجح التعريف الأوّل للبلوغ باعتباره « انتهاء حد الصغر في الإنسان ليكون أهلا للتكاليف الشرعية ». وذلك للاعتبارات الآتية:

1 – إنّه تعريف جامع لمعنى البلوغ، بحيث يشمل الفتاة، والفتى، والخنثى، وذلك من خلال كلمة "الإنسان".

2 – مانع لمفاهيم أخرى ذات الصلة بالبلوغ، كالرشد، والكبر، وبلوغ الأشدّ. وكلّ هذا من خلال عبارة انتهاء حد الصغر.

3 – يعبّر بوضوح، على أنّ البلوغ، بظهور العلامات الدالة عليه في الإنسان، دليل على خروجه من مرحلة الصغر إلى مرحلة جديدة في حياته، يتبوأ من خلالها مركزًا قانونيًا جديدًا.

4 – هذا المركز القانوني الجديد يخوّل البالغ أهلية أداء كاملة يتأهل بموجبها لكافة الحقوق والواجبات الشرعية، والتي من أهمها، الحق في مباشرة الزواج وتحمل مسؤولياته.

5 – إنّه تعريف صاغ هذه المعاني بلغة بسيطة، وعبارة قصيرة مفهومة.

ولهذه العوامل متكاملة، يتجلى أن التعريف الأوّل أقرب إلى المعنى الحقيقي للبلوغ.

---

1 – الفيروزآبادي، مرجع سابق، بلغ، ص 796.

2 – الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 8، ص 186.

3 – حسين، أحمد فراج، الولاية على النفس، دكتوراه دولة نوقشت في كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1990، ج 1، ص 110.

المبحث الثاني

معرفة حدّ البلوغ

إنّ معرفة حد البلوغ مسألة في غاية الأهمية للفتاة والفتى على حد سواء، وذلك بالنظر إلى ما يترتب على البلوغ من آثار هامة في حياة المسلم من الناحية التكليفية.

وإذا كان الأصل في المكلف أن يكون ذكرا خالص الذكورة أو أنثى خالصة الأنوثة، فإنّ حكمة الله شاءت أن يوجد في المجتمع – استثناءً – إنسان يحمل بعضا من خصائص الذكورة وخصائص الأنوثة في آن واحد، وهذا ما يسمى في الفقه واللغة "الخنثى". ولذلك تعرض الفقهاء المسلمون لأحكام الخنثى بنوعيه: الخنثى المشكل والخنثى غير المشكل، وذلك في كل أبواب الفقه، عبادات ومعاملات، كصلاة الخنثى وإمامته، وحجه، وبلوغه، وحكم الخلوة به، وزواجه وطلاقه، وميراثه... الخ[1].

أما في وقتنا المعاصر، فقد تعددت "مسائل الخنثى" هذا الإطار الفقهي التقليدي، إن صح التعبير، إلى إثارة العديد من المسائل الشائكة في المجتمع، ابتداءً من تحديد المركز القانوني للخنثى في المجتمع. ولقد ظهر أغلب هذه المسائل في المجتمعات الغربية وتشريعاتها، ثم بدأت تمتد شيئا فشيئا إلى مجتمعاتنا الإسلامية.

ومن أهم هذه المسائل المستجدة، ما يعرف اليوم بالعمليات الجراحية لتغيير الجنس، والشذوذ الجنسي المعلن، حيث يميل الرجل جنسيا إلى الرجال، وهذا ما يسمى

---

1 – انظر: أ – ابن منظور، مرجع سابق، خنث، ج 1، ص 864.

ب – ابن نجيم، مرجع سابق، ج 8، ص 538.

جـ – عليش، محمد بن أحمد (1217 – 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1989، ج 9، ص 713 وما بعدها.

د – الشافعي، مرجع سابق، ج 3، ص 239 وما بعدها.

هـ – ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 558 وما بعدها.

و – اطفيش، محمد بن يوسف (1236 – 1332هـ)، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدة، ط 3، 1985، ج 15، ص 497 وما بعدها.

ز – الزحيلي، مرجع سابق، ج 6، ص 567 وج 8، ص 426 وما بعدهما.

ح – الموسوعة الفقهية، ج 8، ص 191 وج 20، ص 21 وما بعدها.

في اللغة والفقه "اللواط"، وتميل المرأة جنسيا إلى النساء وهذا ما يسمى "السحاق".

وإذا كانت ظاهرة الخنثى قديمة قدم الإنسان فإنّ نطاق انتشارها وإطارها القانوني والتنظيمي، قد توسّع كثيرا وتغير جذريا!!

فمن منطلق شرعي، هل يعتبر الشاذ جنسيا مريضا ينبغي علاجه؟ أو منحرفا مجرما يجب عقابه وردعه؟

ثم إنّنا نجد اليوم، عددا من الدول الغربية مثل هولندا، إسبانيا وكندا، تبيح تشريعاتها الزواج بين شخصين من الجنس نفسه، وهذا ما يسمى باللغة الفرنسية Mariage homosexuel، حيث يتمتع الشواذ في هذه الدول بمركز قانوني "Statut" يتيح لهم ممارسة هذا الشذوذ في إطار قانوني، بدعوى احترام حقوق الإنسان والحرية الفردية[1].

ولكي لا أذهب بعيدا عن جوهر موضوع البحث، فإنّني أكتفي بإثارة هذا الموضوع الحساس، الذي هو جدير بأنّ يكون موضوع بحث أكاديمي مستقل.

إنّ جوهر الموضوع في هذا المبحث، هو بلوغ الفتاة لما له من علاقة مباشرة وطيدة بـــ "رضا المكلفة في الزواج". وغير البالغة غير مكلفة، باتفاق، وبالتالي لا يمكن الكلام عن رضاها في الزواج، فقهًا وقانونًا.

والمعلوم أن البلوغ عند الفتاة أسرع منه عند الفتى، فهي تبلغ قبل بلوغه، حتّى أن هناك حالات واقعية صارت فيها الفتاة جدّة وهي لا تتجاوز سن الحادية والعشرين[2].

ويعرف بلوغ الشخص، الفتاة والفتى في ذلك سواء، بأحد أمرين[3]:

---

1 – Voir: FULCHIRON (Hugues), "Le mariage à l'heure espagnol (Réflexions sur le mariage homosexuel en Europe)", Revue droit de la famille, N° 6, Juin 2005, p. 4 et s.

انظر كذلك: الرافعي، مرجع سابق، ص 145 وما بعدها.

2 – انظر: البار، محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، ط 5، 1984، ص 48 و49.

3 – انظر: الصابوني، محمد علي، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة رحاب، الجزائر، ط 4، 1990، ج 2، ص 212.

بظهور علامات طبيعية فيهما (المطلب الأول)، أو تقديرًا بالسن (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

معرفة حد البلوغ بظهور العلامات الطبيعية

تنقسم هذه العلامات الطبيعية إلى قسمين: ما هو محل اتفاق الفقهاء (الفرع الأول)، وما هو محل اختلافهم (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

العلامات التي هي محل اتفاق الفقهاء

اتفق الفقهاء[1] على ثلاث علامات للبلوغ هي:

الإنزال، وهو علامة مشتركة بين الفتاة والفتى، والحيض والحمل، وهما علامتان لبلوغ الفتاة.

أولا – الإنزال[2]:

يقصد بالإنزال خروج المني من القُبل. والمني هو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد، كيفما خرج، في يقظة أم منام، بجماع أو احتلام أو غيره[3].

والإنزال بهذا المعنى، يحصل به البلوغ بغير خلاف بين الفقهاء[4].

والدليل على حصول البلوغ بالإنزال، الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

---

1 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 10، ص 530.

2 – من الفقهاء من يستعمل مصطلح "الاحتلام" بدلا من الإنزال للدلالة على المعنى نفسه، غير أنني فضلت استعمال مصطلح الإنزال « لأن الأصل هو الإنزال، فإنّ الاحتلام لا يعتبر إلا معه، والإحبال لا يتأتى إلا به ». انظر: ابن عابدين، مرجع سابق، ج 6، ص 153.

3 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 10، ص 530.

4 – المرجع نفسه والصفحة نفسها.

1 – الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿ **وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ** ﴾ النور: 59.

قال أيضًا: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ...** ﴾ النور: 58.

ووجه الدلالة في الآيتين، أن الله تعالى أمر بالاستئذان في دخول البيوت متى بلغ الطفل الحلم، فدلّ على أنّ البلوغ يثبت بالاحتلام.

ومعلوم أنه لا معنى للاحتلام إلا بالإنزال.

2 – السنة النبوية:

– ما روي عن علي ﷺ، أن النبي ﷺ قال: « **رفع القلم عن ثلاثة: ....، وعن الصبي حتّى يحتلم** »[1].

ودلالة الحديث « أن الرسول ﷺ جعل الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب، والخطاب بالبلوغ، دلّ أن البلوغ يثبت بالاحتلام »[2].

والاحتلام اسم لما يراه النائم، إلا أنه غلب على ما يراه من الجماع. والراجح أن الاحتلام مع الإنزال من المرأة كالرجل، وإن كان منهنَّ نادرًا[3].

فعن أم سلمة رضي الله عنها، قالت: قالت أم سليم يا رسول الله إنّ الله لا يستحي من الحق، فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ فقال النبي ﷺ: « **نعم إذا رأت الماء** » فغطت أم سليم وجهها وقالت: يا رسول الله، أو تحتلم المرأة؟ قال: « **نعم، تربت يمينك، فبم يشبهها ولدها** »[4].

قال الصنعاني[5]: ووقعت هذه المسألة لنساء من الصحابيات: لخولة بنت حكيم

---

1 – حديث صحيح سبق تخريجه، ص 52.

2 – الكاساني، مرجع سابق، ج 7، ص 172.

3 – انظر: حسين، الولاية على النفس، مرجع سابق، ج 1، ص 110.

4 – أخرجه البخاري في كتاب العلم، باب الحياء في العلم، ج 1، ص 287، ح.ر: 130.

5 – انظر: سبل السلام، مرجع سابق، ج 1، ص 138.

عند أحمد والنسائي وابن ماجه، ولسهلة بنت سهيل عند الطبراني، ولسبرة بنت صفوان عند ابن أبي شيبة.

والحديث دليل على أنّ المرأة ترى ما يراه الرجل في منامه. والمراد إذا أنزلت الماء كما في البخاري « قال: نعم إذا رأت الماء ».

ويؤكد الدكتور محمد علي البار، من الوجهة الطبية، بأن الإنزال يحدث من المرأة كما يحدث من الرجل، بقوله[1]: « ... ممّا تقدّم يتضح أن للمرأة نوعين من الماء: ...

ثانيهما: ماء يتدفق وهو يخرج مرة واحدة في الشهر من حويصلة جراف بالمبيض عندما تقترب هذه الحويصلة المليئة بالماء الأصفر – وفي صحيح مسلم من حديث ثوبان « **أن ماء الرجل أبيض وماء المرأة أصفر** »[2] – من حافة المبيض فتنفجر عند تمام نموها وكماله فتندلق المياه على أقتاب البطن ويتلقف البوق، وهو نهاية قناة الرحم (وتدعى أيضًا قناة فالوب)، البويضة فيدفعها دفعا رقيقا حتّى تلتقي بالحيوان المنوي الذي يلقحها في الثلث الوحشي من قناة الرحم.

هذا الماء يحمل البويضة تماما كما يحمل ماء الرجل الحيوانات المنوية... كلاهما يتدفق، وكلاهما يخرج من بين الصلب والترائب: من الغدة التناسلية الخصية أو المبيض التي تتكون بين الصلب والترائب كما أن تغذيتها وترويتها بالدماء والأعصاب تأتي من بين الصلب والترائب...

وتتضح مرّة أخرى معاني الآية الكريمة في إعجازها العلمي الرائع: ماء دافق من الخصية يحمل الحيوانات المنوية، وماء دافق من حويصلة جراف بالمبيض يحمل البويضة. وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿ **فَلْيَنْظُرِ الإنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ۞ خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ ۞ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ۞ إِنَّهُ عَلَى رَجْعِهِ لَقَادِرٌ ۞ يَوْمَ تُبْلَى السَّرَائِرُ** ﴾ » الطارق: 5، 6، 7، 8 و9.

---

1 – انظر: البار، مرجع سابق، ص 123 و124.

2 – الحديث أخرجه مسلم عن ثوبان ﷺ في كتاب الحيض، باب بيان صفة مني الرجل والمرأة وأنّ الولد مخلوق من مائهما، ج 1، ص 252، ح.ر: 315.

واعتبر المالكية والشافعية خروج المذي كالمني لأنه لا يخرج إلا من بالغ[1].

ب – عن كثير بن السائب قال، حدثني إبنا قريظة أنهم « **عرضوا على النبي ﷺ زمن قريظة فمن كان منهم محتلما أو نبتت عانته قتل ومن لم يكن محتلما أو لم تنبت عانته تُرك** »[2].

ووجه دلالة الحديث واضحة: من كان محتلمًا كان يقتل، وهذا دليل البلوغ، لأن الصبي لا يقتل في الإسلام.

3 – الإجماع:

قال ابن قدامة: « الفصل الثالث في البلوغ: ويحصل في حق الغلام والجارية بأحد ثلاثة أشياء، وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى فأولها خروج المني من قبله وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد فكيفها خرج في يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك حصل به البلوغ لا نعلم في ذلك خلافا »[3].

وقال ابن المنذر « وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل »[4].

4 – المعقول: قال الكاساني « فلأن البلوغ والإدراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال وذلك بكمال القدرة والقوة. والقدرة من حيث سلامة الأسباب والآلات، هي إمكان استعمال سائر الجوارح السليمة، وذلك لا يتحقق على الكمال إلا عند الاحتلام... »[5].

---

1 – انظر المرجعين السابقين: أ – حسين، ج1، ص 110.
ب – عليش، ج 3، ص 165.

2 – أخرجه النسائي في كتاب الطلاق، باب متى يقع طلاق الصبي. انظر: النسائي، أحمد بن شعيب (245 – 303هـ)، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، اعتنى به ورقمه ووضع فهارسه: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط 4، 1994، ج 6، ص 155، ح.ر: 3429. صححه الألباني، انظر: ضعيف وصحيح سنن النسائي، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية، من إنتاج مركز نور الإسلام، لأبحاث القرآن والسنة، الإسكندرية، ج 8، ص 1.

3 – ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 551.

4 – المرجع نفسه والصفحة نفسها.

5 – انظر: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7، ص 172.

ثانيا – الحيض:

إنّ التعرض لموضوع الحيض بالدراسة في هذا البحث إنّما يتم من زاوية كونه علامة من علامات بلوغ الفتاة، لا غير، وذلك من خلال تعريف الحيض (1) ثم دليل اعتبار الحيض علامة لبلوغ الفتاة (2).

1 – تعريف الحيض:

أعرّف الحيض لغة (أ)، ثمّ في اصطلاح فقهاء المذاهب الأربعة (ب)، ثمّ تعريف الحيض عند العلماء المعاصرين (جـ).

أ – تعريف الحيض لغة:

جاء في لسان العرب[1]: سمي الحيض حيضا من قولهم: حاض السيل إذا فاض، تحيضت المرأة إذا قعدت أيام حيضها تنتظر انقطاعه.

استحيضت المرأة أي استمر بها الدم بعد أيامها، فهي مستحاضة. يقال حاضت المرأة، وتحيضت ودرست وعركت، تحيض حيضا ومحاضا ومحيضا، إذا سال الدم منها في أوقات معلومة.

ب – تعريف الحيض في اصطلاح المذاهب الأربعة:

عرّفه الحنفية بأنه: « دم ينفضه رحم امرأة سليمة من الداء والصّغر »[2].

وعند المالكية: « دم تلقيه رحم معتاد حملها دون ولادة »[3].

وعند الشافعية: « دم جبلّة يخرج من أقصى رحم المرأة بعد بلوغها على سبيل الصحة في أوقات مخصوصة »[4].

وعرّفه الحنابلة بأنه: « دم طبيعة يخرج مع الصحة من غير سبب ولادة من قعر الرحم يعتاد أنثى إذا بلغت في أوقات معلومة »[5].

---

1 – ابن منظور، مرجع سابق، كلمة حيض، بتصرف يسير، ج 4، ص 579 وص 580.

2 – ابن الهمام، مرجع سابق، ج 1، ص 160.

3 – المواق، محمد بن يوسف (ت 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1398، ج 1، ص 367.

4 – الرملي، محمد بن أحمد (919 – 1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (د.ب.ط.س)، ج 1، ص 323.

5 – البهوتي، مرجع سابق، ج 1، ص 196.

جـ – تعريف الحيض عند العلماء المعاصرين:

عرّفه الأستاذ وهبة الزحيلي بكونه: « الدم الخارج في حال الصحة من أقصى رحم المرأة من غير ولادة ولا مرض في أمدٍ معين، لونه السواد، وهو محتدم (شديد الحرارة)، لذّاع محرق (موجع مؤلم)، كريه الرائحة »[1].

وجاء تعريف الحيض في الموسوعة الطبية المعاصرة، بأنه:

« دورة بالمرأة، تتميز بخروج دم من المهبل كان مُعدًا في الرحم لاستقبال حمل لم يحدث »[2].

وبعد ذكر هذه التعاريف، يمكن القول:

إنّ هذه التعاريف، على تنوع عباراتها، وتباينها طولا وقصرا، فهي تلتقي في المعنى العام الذي يحدد حقيقة الحيض وسماته الأساسية.

غير أن أولى التعاريف بالاعتبار، إنّما هو ذلك التعريف الذي يخدم موضوع بحثنا تحديدًا، وهو اعتبار الحيض علامة على بلوغ الفتاة.

وعليه، فإن تعريف فقهاء الشافعية، وتعريف فقهاء الحنابلة للحيض، هو الذي ينص صراحة على أن الحيض من خصوصيات الفتاة البالغ.

2 – دليل اعتبار الحيض علامة لبلوغ الفتاة

إنّ الأصل في أحكام الحيض[3]، قول الله تعالى: ﴿ **وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذىً فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ** ﴾ البقرة: 222.

1 – انظر: الزحيلي، مرجع سابق، ج 1، ص 544.

2 – انظر: الخطيب، يحي عبد الرحمن، أحكام المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، ط 1، 1999، ص 11 (رسالة ماجستير).

3 – لا شك أن "الحيض" تترتب عليه أحكام هامة، سواء من الناحية الطبية والصحية، أو من الناحية الفقهية في مجالي العبادات والمعاملات على حد سواء، ولقد تولت الكتب الفقهية المختلفة بيان هذه الأحكام، ولعلّ من أهم الكتب المعاصرة التي تولت موضوع الحيض بالدراسة من الناحيتين الفقهية والطبية في آن واحد، كتاب "خلق الإنسان بين الطب والقرآن" للدكتور محمد علي البار، وهو مرجع سابق، راجع الصفحات من 83 إلى 107.

وكذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها، أنّها قالت:

خرجنا لا نرى إلاّ الحج فلمّا كنّا بسرف حضت فدخل عليّ رسول الله ﷺ وأنا أبكي. قال « **ما لك أنُفِست؟ قلتُ: نعم. قال: إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم. فاقضي ما يقضي الحاج، غير أن لا تطوفي بالبيت** » قالت: وضحى رسول الله ﷺ عن نساءه بالبقر[1].

أما دليل الفقهاء على اعتبار الحيض علامة لبلوغ الفتاة، فالسنة النبوية، والإجماع.

أ – السنة:

– ما روي عن صفية بنت الحارث عن عائشة أن النبي ﷺ قال: « **لا تقبل صلاة حائض إلا بخمار** »[2].

ووجه الدلالة في الحديث، أن النبي ﷺ أوجب على الفتاة أن تستتر لكونها قد حاضت فدلّ على أن البلوغ قد حصل بالحيض.

ب – الإجماع:

قال ابن قدامة: « وأما الحيض فهو علم على البلوغ لا نعلم فيه خلافا... وقال ابن المنذر: وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل وعلى المرأة بظهور الحيض منها... »[3].

ثالثا – الحمل:

اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على أن الحمل علامة من علامات البلوغ للأنثى[4]، والذي يهم في هذا الموضوع هو تعريف الحمل (1)، ودليل الفقهاء على اعتبار الحمل علامة من علامات البلوغ للفتاة (2).

---

1 – أخرجه البخاري في كتاب الحيض، باب الأمر بالنفساء إذا نفسن، ج 1، ص 500، ح.ر: 294.

2 – حديث صحيح، سبق تخريجه، ص 55.

3 – ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 551.

4 – انظر: أ – الكاساني، مرجع سابق، ج 7، ص 172.

ب – الدسوقي، مرجع سابق، ج 4، ص 476. =

1 – تعريف الحمل:

الحمل: ما يحمل في البطن من ولد، حملت المرأة تحمل: عَلِقت، وهي حامل، وحاملة، وجمعه حمال أو أحمال[1].

قال الله تعالى: ﴿ ... **وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...**﴾ الطلاق: 4.

ويطلق الحمل في اصطلاح الفقهاء على « ما في بطن الأنثى من أولاد »[2].

2 – دليل الفقهاء على كون الحمل علامة لبلوغ الفتاة

قالوا: إنّ الحمل مسبوق بالإنزال، حيث لا يتحقق الحمل بدون الإنزال عادة. لأن الله تعالى أجرى العادة أنّ الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة، قال تعالى: ﴿ **فَلْيَنْظُرِ الإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ۞ خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ ۞ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّـــرَائِبِ** ﴾ الطارق 5، 6، 7.

فمتى حملت الفتاة حكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه[3]. وهذا ما يؤكده العلم الحديث كذلك[4].

الفرع الثاني

العلامات الطبيعية المختلف فيها

اختلف الفقهاء في علامتين: الأولى: الإنبات. والثانية: نتن الإبط، وفرق الأرنبة من الأنف، وغلظ الصوت، ونتو الحلقوم.

أولا – الإنبات:

إنّ المراد بالإنبات في هذا المقام، نبات الشعر الخشن على فرج الأنثى وعلى أعلى

= جـــ – البهوتي، مرجع سابق، ج 3، ص 445. وانظر كذلك:

د – الشربيني الخطيب، محمد بن أحمد (ت 977هــ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، (د.ط.س)، ج 2، ص 167.

1 – الفيروزآبادي، مرجع سابق، حمل، ص 1001.

2 – الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 18، ص 143 (بتصرف طفيف).

3 – انظر: الشيخ، أسامة عبد العليم، "البلوغ وأثره في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد 21، 2006، ص 11.

4 – انظر: البار، مرجع سابق، ص 53.

الذكر للغلام. ويعبّر الفقهاء على ذلك بنبات العانة. والمعتبر شعر خشن يحتاج في إزالته إلى أن يؤخذ بالموسى، أمّا الزغب الضعيف فلا عبرة به لأنه ينبت في حق الصغير[1].

وفي هذا المعنى، قال الشوكاني: « والمراد بالإنبات، هو إنبات الشعر الأسود المتجمد في العانة لا إنبات مطلق الشعر فإنّه موجود في الأطفال »[2].

ولا عبرة كذلك بنبات شعر الإبط أو اللحية أو الشارب، لأن ذلك يتأخر عن البلوغ، وحينئذ لا يكون علامة عليه، لأن المراد بالعلامة ما يحصل البلوغ عند ظهورها مباشرة[3].

1 – الأقوال الفقهية المختلفة بشأن الإنبات:

بعد هذا التحديد للمعنى المقصود من الإنبات، فإنّ الفقهاء اختلفوا في مدى اعتباره علامة على بلوغ الفتاة والفتى على حد سواء، إلى ثلاثة أقوال، هي[4]:

القول الأول: الإنبات المذكور علامة للبلوغ في الذكر والأنثى في حق ولد المسلم والكافر.

وهذا قول الحنابلة[5].

---

1 – انظر المراجع السابقة: أ – المغني، ج 4، ص 477.
ب – الدسوقي، ج 3، ص 294.
جـ – الشربيني، ج 2، ص 167.

2 – الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأبرار، دار الإمام مالك، الجزائر، ط 1، ج 3، 2005، ص 275.

3 – انظر المرجعين السابقين: أ – الدسوقي، ج 4، ص 477.
ب – الشربيني، ج 2، ص 167.

4 – انظر: الشيخ (أسامة)، مرجع سابق، ص 11 و12.

5 – انظر: أ – المرداوي، علي بن سليمان (817 – 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1419هـ، ج 5، ص 237.
ب – ابن مفلح، إبراهيم بن محمد (ت 884هـ)، المبدع، شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ط)، 2003، ج 4، ص 213.

وهو كذلك قول المالكية في المشهور عندهم، وفي رواية ثانية اعتبروا الإنبات علامة على البلوغ في حقوق العباد دون حقوق الله تعالى[1].

وفي المذهب آراء كثيرة في الموضوع، خلاف القول المشهور الذي سبق ذكره[2].

واستدل المالكية والحنابلة، ومن وافقهم[3]، لمذهبهم بالسنة، والأثر، والمعقول.

أوّلاً – السنة:

عن عطية القُرظي رضي الله عنه قال: « **عُرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا فيّ فأمر النبي ﷺ أن ينظروا إليّ هل أنبت فنظروا إليّ فلم يجدوني أنبتُ فخلي عني وألحقني بالسبي** »[4].

قال الصنعاني في هذا الحديث « رواه الأربعة وصححه ابن حبان والحاكم، وقال على شرط الشيخين، وهو كما قال، إلا أنهما لم يخرجا لعطية. والحديث دليل على أنه يحصل بالإنبات البلوغ فتجري على من أنبت أحكام المكلفين ولعلّه إجماع »[5].

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن القتل لا يكون إلا في حق البالغ فدل الحديث على أن الإنبات دليل على البلوغ.

قال الشوكاني: « وقد أخرج نحو حديث عطية الشيخان من حديث أبي سعيد بلفظ: « فكان يُكشف عن مؤتزر المراهقين، فمن انبت منهم قُتل، ومن لم يُنبت جُعل

---

1 – انظر: الدسوقي، مرجع سابق، ج 4، ص 477.

2 – انظر: الخرشي، محمد بن عبد الله (1010 – 1101هـ)، فتح الجليل على مختصر خليل، الشهير بـ: الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار صادر، (د.ط.س)، بيروت، ج 5، ص 291، والمرجع في ضبط عنوان هذا الكتاب: عبد العال، إسماعيل سالم، البحث الفقهي، طبيعته، خصائصه، أصوله، مصادره، مع المصطلحات الفقهية في المذاهب الأربعة، مكتبة الزهراء، القاهرة، ط 1، 1992، ص 133.

3 – يرى الإباضية حصول البلوغ « بثلاث شعرات سود في الفرج أو الإبط للذكر والأنثى، والخلاف في شعرتين، وفي غليظة سوداء... ». انظر: أطفيّش، مرجع سابق، ج 2، ص 6.

4 – أخرجه الحاكم في كتاب الجهاد. قال الحافظ في التلخيص: « على شرط البخاري ومسلم ». انظر: المستدرك، مرجع سابق، ج 2، ص 134، ح.ر: 2568.

5 – سبل السلام، مرجع سابق، ج 3، ص 881.

في الذَّراري »[1].

ووجه الدلالة في هذا الحديث، برواياته المختلفة، أن القتل لا يكون إلا في حق البالغ، فدلّ الحديث على أن الإنبات دليل على البلوغ.

إنّ هذا الحديث وإن كان واردا في الكفار، إلا أن أصحاب هذا القول قاسوا المسلم على الكافر، لأن ما كان بلوغًا في حق الكافر كان بلوغًا في حق المسلم كالاحتلام والسن.

ثانيا – الأثر:

استدل أصحاب هذا الرأي، كذلك، بما ثبت من آثار عن صحابة رسول الله ﷺ، منها ما ذكره ابن قدامة أن غلامًا من الأنصار شبّب بامرأة في شِعره فرُفع إلى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فلم يجده أنبت، فقال: لو أنبتَّ الشعر لحَدَدْتُك[2].

وبهذا ربط أمير المؤمنين إقامة الحد بالإنبات، فدلّ على أنه علامة في بلوغ أولاد المسلمين.

ثالثًا – المعقول:

قال أصحاب هذا الرأي: إنّ النبات خارج يلازمه البلوغ غالبًا، ويستوي فيه الذكر والأنثى فكان علمًا على البلوغ كالاحتلام. ولأن الخارج ضربان متصل ومنفصل، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ، كذلك المتصل، وما كان بلوغًا في حق المشركين كان بلوغًا في حق المسلمين كالاحتلام والسن[3].

القول الثاني: الإنبات علامة للبلوغ في الذكر والأنثى في حق ولد الكافر ومن جُهل إسلامه دون المسلم[4].

---

1 – انظر: نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 5، ص 273.

2 – انظر: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 8، ص 189. وسكت عنه الحافظ بن حجر، انظر: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، 1998، ج 3، ص 109.

3 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 551.

4 – انظر: الأنصاري، زكريا بن محمد (824 – 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2000، ج 2، ص 206.

وهذا قول الشافعية في الأصح عندهم[1].

استدل الشافعية لقولهم بالسنة وبالمعقول.

أوّلا – السنة:

استدلوا بالأحاديث نفسها التي استدل بها أصحاب القول الأوّل، برواياتها المختلفة، والتي ظاهرها أنها واردة في أولاد الكفار ومن ثمّ قالوا: ليست دليلا في حق أولاد المسلمين[2].

ثانيًا – المعقول:

استدلوا بالمعقول، وذلك من وجهين[3]:

الأوّل: إنّ أولاد المسلمين يمكن معرفة بلوغهم من عدمه بالعلامات الأخرى، أو بالسّن، وذلك بمراجعة آبائهم وأوليائهم، فلم يجعل الإنبات علامة في حقهم، أما الكفار فيتعذر ذلك في حقهم فجعل الإنبات علامة على بلوغهم.

الثاني: إنّ الكافر لا يستفيد بالبلوغ إلا وجوب الجزية ووجوب القتل، فلا يُتهم في مداواة العانة بما ينبت الشعر، أمّا المسلم يستفيد بالبلوغ التصرف والكمال بالأحكام فلا يُؤمَن أن يداوي العانة بما ينبت الشعر دفعًا للحجر وتشوّقًا للولايات فلم يجعل ذلك دلالة في حقه.

قالت الشافعية: ويجوز النظر إلى منبت عانة من احتجنا إلى معرفة بلوغه للضرورة[4].

القول الثالث: لا يعتبر الإنبات علامة على البلوغ مطلقًا، وهو قول الحنفية[5].

1 – انظر: السيوطي، مرجع سابق، ص 224.

2 – انظر: الشربيني، مرجع سابق، ج 2، ص 167.

3 – انظر: المرجع نفسه والصفحة نفسها.

4 – انظر: المرجع نفسه والصفحة نفسها.

5 – انظر: الجصّاص، أحمد بن علي (الرازي) (207 – 305هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1405هـ، ج 5، ص 194. هذا، ولم تذكر أغلب مصادر الحنفية الإنبات كعلامة للبلوغ. أنظر مثلا المرجعين السابقين: أ – الكاساني، ج 7، ص 172 وما بعدها.
ب – ابن الهمام، ج 7، ص 270 وما بعدها.

وكذلك الحنابلة في رواية عن الإمام أحمد[1].

قال أصحاب هذا الرأي: إنّ الإنبات لا يعتبر دليلا على البلوغ لا في حق الرجل، ولا في حق المرأة، ما لم يحتلما[2].

واستدلوا لقولهم بالكتاب والسنة والمعقول.

1 – الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ...** ﴾ النور: 58. قالوا: إنّ هذه الآية تنفي أن يكون الإنبات بلوغًا إذا لم يحتلم[3].

2 – السنة:

استدلوا بقول النبي ﷺ « ... **وعن الصبي حتّى يحتلم** »[4].

ووجه استدلاله بهذا الحديث أنّ البلوغ لا يثبت ما لم يحتلم الصبي.

3 – المعقول:

قال أبو حنيفة: لا اعتبار بالإنبات لأنه نبات شعر فأشبه نبات شعر سائر البدن[5].

ثمّ إنّ معرفة البلوغ بنبات الشعر حول العانة لا يتم إلا بارتكاب المحظور إما بالنظر إليها أو مسها[6].

2 – الرأي المختار في الإنبات كعلامة للبلوغ:

إنّ تقدير مدى اعتبار الإنبات وما يصاحبه من علامات طبيعية أخرى دليلا على البلوغ، مسألة تخضع لمعيارين متكاملين هما: الأول، الدليل النصي من كتاب الله عز وجل أو من سنة رسول الله ﷺ. الثاني، مراعاة الواقع وطبيعة الأمور استنادا إلى الخبرة ووحي التجربة.

وبناءً على هذين المعيارين، فإن كفة الترجيح تميل إلى رأي الفريق الأول من الأئمة الذي يعتبر الإنبات دليلا على البلوغ في حق الفتاة والفتى، والمسلم والكافر على حد سواء.

---

1 – انظر: المرداوي، مرجع سابق، ج 5، ص 237.

2 – انظر: حسين، الولاية على النفس، مرجع سابق، ج 1، ص 109.

3 – انظر: الجصّاص، مرجع سابق، ج 3، ص 484.

4 – حديث صحيح سبق تخريجه ص 52.

5 – انظر: المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 297.

6 – انظر: حسين، المرجع السابق، ج 1، ص 113.

ذلك أنّ الإنبات على النحو المذكور قد قام الدليل من السنة النبوية على اعتباره علامة على البلوغ، وأكده الأثر المروي عن أمير المؤمنين عمر ﷺ.

ولئن كانت النصوص الثابتة في الموضوع قد وردت في حق الكفار، فإنّ القياس الصحيح يقضي بقياس المسلم على الكافر في مسألة الإنبات، لأن مدار الأمر في المسألة على العلامات الطبيعية التي تظهر على الشخص باعتباره إنساناً بغض النظر عن أي اعتبار آخر. وبالتالي فإنّه لا وجه للتمييز بين المسلم والكافر، في مسألة الإنبات.

ثمّ إن القول بإمكان المسلم معالجة عانته بما ينبت الشعر الخشن حول العانة، قبل أوانه الطبيعي، لكي يستعجل تبوأ مركز قانوني جديد يخوّله التمتع بحقوق وامتيازات جديدة، كلام فيه نظر!

ذلك أن المسلم البالغ العاقل يكتسب من الحقوق والامتيازات قدر ما يتحمل من واجبات ومسؤوليات ثقيلة، ما كان له أن يتحملها لو لم يثبت بلوغه، كالمسؤولية الجنائية مثلا.

وإلى جانب الدليل النصّي الثابت في اعتبار الإنبات علامة على البلوغ، على نحو ما سبق بيانه، فقد دلّت التجربة على أن أكثر العلامات دلالة على بلوغ الفتاة والفتى، والتي تكون عادة مقارنة للعلامات الطبيعية المتفق فيها، نبات الشعر الخشن حول العانة، دون الشعر الخفيف الذي يظهر حول العانة وتحت الإبط.

ثانيًا: نتن الإبط، وفرق الأرنبة من الأنف، غلظ الصوت ونتو الحلقوم

أبين الأقوال الفقهية في الموضوع (1) ثم الرأي المختار (2).

1 – الأقوال الفقهية المختلفة بشأن هذه العلامات:

اختلف الفقهاء بشأن هذه العلامات على قولين اثنين:

القول الأوّل: لا يعتبر هذه العلامات دليلا على البلوغ. وهذا قول الحنفية[1]،

1 – لم يذكر الأحناف هذه العلامات في مصادرهم. انظر على سبيل المثال المرجعين السابقين:

أ – الكاساني، ج 7، ص 172 وما بعدها.

ب – ابن الهمام، ج 7، ص 270.

والشافعية[1]، والحنابلة[2].

واستدلوا على ذلك بقولهم: إنّ بعض هذه العلامات يتأخر عن البلوغ بكثير، والبعض الآخر يتقدّم عنه كذلك. وبالإضافة إلى هذا، فإنّ هذه العلامات غير مطردة حتّى يمكن اعتمادها علامات للبلوغ.

القول الثاني: تعتبر هذه العلامات دليلا على بلوغ الفتاة والفتى.

وهذا مذهب المالكية[3].

قال الحطّاب: « قال "البُرزلي" في كتاب الصيام: زاد القرافي في العلامات نتن الإبط. وزاد غيره فرق الأرنبة من الأنف وبعض المغاربة يأخذ خيطًا ويثنيه ويديره برقبته، ويجمع طرفيه في أسنانه، فإنّ دخل رأسه منه بلغ، وإلا فلا »[4].

وقال في الاستدلال لهذا القول:

« وإن لم يكن منصوصًا، فقد رأيت في كتاب التشريح ما يؤيده، ولأنه إذا بلغ الإنسان تغلظ حنجرته، ويمحل صوته، فتغلظ الرقبة كذلك، وجرّبه كثير من العوام فصدق له »[5].

وقبل إنهاء الكلام في موضوع العلامات الطبيعية المختلف فيها عند الفقهاء، تجدر الإشارة إلى أن المذاهب الفقهية الأربعة متفقة على أن نهود الثدي، أي كبر النهد، ليس علامة على بلوغ الفتاة. لأن هذه العلامة قد تتأخر عن البلوغ بكثير، وقد تتقدم، ولكونها كذلك علامة غير مطردة[6].

---

1 – انظر، المرجعين السابقين: أ – الشربيني، ج 2، ص 167.
ب – الأنصاري، ج 2، ص 207.

2 – انظر: البهوتي، مرجع سابق، ج 3، ص 444.

3 – انظر: الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 293.

4 – انظر: الحطّاب، محمد بن عبد الرحمن (902 – 954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، (د.ب.ط)، 2003، ج 6، ص 634.

5 – انظر: المرجع نفسه والصفحة نفسها.

6 – انظر: أ – عليش، مرجع سابق، ج 6، ص 87.
ب – السيوطي، مرجع سابق، ص 224.
جـ – لم يذكره الحنابلة في مصادرهم، انظر مثلا: البهوتي، مرجع سابق، ج 3، ص 444.
د – لم يذكره كذلك الأحناف في مصادرهم. انظر على سبيل المثال: ابن الهمام، مرجع سابق، ج 7، ص 270.

2 – الرأي المختار في مدى اعتبار هذه العلامات دليلا على البلوغ

من خلال عرض الآراء بشأن نتن الإبط، وفرق أرنبة الأنف وغلظ الصوت، ونتو الحلقوم، وعرض ما استدل به كل فريق في الموضوع، فإنه يترجح قول الفريق من الفقهاء الذين لم يعتبروا هذه العلامات دليلا على بلوغ الفتاة والفتى على حد سواء. وذلك لعدة أسباب أهمها:

1 – إن إثبات البلوغ تترتب عليه آثار فقهية مهمة، تمس بحقوق الآخرين، وهذا يقتضي تأسيس البلوغ على علامات يقينية.

2 – عدم قيام دليل نصي، لا من القرآن الكريم، ولا من السنة النبوية، على اعتبار هذه العلامات دليلا على البلوغ.

3 – دلت التجربة على أن هذه العلامات قد تتأخر عن البلوغ وقد تتقدمه، وفي كلّ الأحوال، فهي علامات غير مطردة وغير منضبطة.

وفي ختام هذا المطلب (معرفة حد البلوغ) يمكن القول بأن الفقهاء اتفقوا على الحيض، والحمل، والإنزال علامات تدل دلالة قاطعة على بلوغ الفتاة، كما أنه ترجح اعتبار الإنبات بالمفهوم السابق، دليلا على بلوغ الفتاة، كذلك.

فصارت بذلك العلامات الطبيعية الدالة على بلوغ الفتاة أربعة: الحيض، الحمل الإنزال والإنبات.

فمتى ظهرت واحدة من هذه العلامات في الفتاة، خرجت من طور الطفولة إلى طور البلوغ.

ومتى اجتمع في الفتاة البلوغ والعقل، صارت بعبارة الفقهاء مكلّفة، أي عاقلة بالغة تكتمل أهليتها القانونية، وتتبوء مركزا قانونيا جديدا، تتسع فيه دائرة حريتها في التصرف، ويتأكد مبدأ رضاها في مجال التعاقد عموما، وفي عقد الزواج على وجه الخصوص.

ثالثا – السن الدنيا التي يمكن فيها رؤية العلامات الطبيعية الدالة على البلوغ:

اتفق الفقهاء على أنّه إذا أدعى الصغير والصغيرة البلوغ بأن رأى العلامات الدالة

عليه، فإنّه يُصدق في دعواه ما لم يكذبه الظاهر[1].

غير أنهم اختلفوا في السن الدنيا التي يمكن فيها رؤية هذه العلامات.

أبيّن فيما يلي أهم الآراء الفقهية في الموضوع (1)، ثمّ الرأي المختار في الموضوع (2).

1 – أهم الآراء الفقهية في الموضوع:

يمكن التمييز بين ثلاثة آراء فقهية في الموضوع، هي:

– الرأي الأوّل: ذهب فقهاء الحنفية[2]، والحنابلة[3] إلى تحديد هذه السن الدنيا بالنسبة للفتاة بتسع سنين، ما لم يكذبها الظاهر.

أما بالنسبة للفتى، حددها الحنفية باثنتي عشرة سنة، أما الحنابلة بعشر سنين، ما لم يكذبه الظاهر.

– الرأي الثاني: حددها الشافعية[4] بأوّل التاسعة بالنسبة للفتاة، وفي قول آخر، نصف التاسعة. أمّا بالنسبة للفتى، فالعاشرة، وفي قول آخر، نصف العاشرة.

– الرأي الثالث: ذهب المالكية[5] إلى القول بأنه ليس لرؤية العلامات الطبيعية زمن مقدر. فلو ادّعى الصغير والصغيرة البلوغ بالعلامات الطبيعية فإنّه يصدق ما لم يكذبه الظاهر.

2 – الرأي المختار:

إنّ مسألة تحديد السن التي يمكن فيها رؤية العلامات الطبيعية الدالة على بلوغ الفتاة، مسألة لا تستند إلى دليل شرعي من كتاب الله تعالى، ولا من سنة رسوله ﷺ. إنما هي مسألة تقديرية اجتهادية عند الفقهاء، يستدلون فيها لآرائهم بما يلاحظونه في مجتمعاتهم، وبما يتوصلون إليه بحكم التجربة، وكذلك بما ينقل إليهم من الوقائع

1 – انظر: حسين، الولاية على النفس، مرجع سابق، ج 1، ص 109.

2 – انظر: ابن الهمام، مرجع سابق، ج 7، ص 270.

3 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 1، ص 407 وج 12، ص 32.

4 – انظر: السيوطي، مرجع سابق، ص 223.

5 – انظر: الخرشي، مرجع سابق، ج 4، ص 202.

والنوازل بغرض الفتوى.

وهذا ما يدعو إلى القول أنه ينبغي أن تترك هذه المسألة لما أودعه الخالق جلّ وعلا من سنن في الكون وفي الأنفس، لأن لهذه السنن تأثير مباشر في التغيرات الفيزيولوجية، والنفسية التي تحدث للأفراد، وفي مقدمتها ما له علاقة بظهور العلامات الطبيعية الدالة على بلوغ الفتاة.

فمن هذه السنن ما له علاقة بالمناخ حرارة وبرودة واعتدالا، ومنها ما له علاقة بطبيعة مزاج الفتاة، وبحالتها البدنية قوة وضعفا.

وانطلاقا من هذه العوامل المختلفة، فإنّ ما ذهب إليه المالكية يبدو أكثر الآراء موضوعية وواقعية، وبالتالي ينبغي ترجيحه والعمل به.

فالمسألة تحكمها اعتبارات ومتغيرات مختلفة.

المطلب الثاني

معرفة حد البلوغ تقديرا بالسن

لقد تبين من خلال المطلب الأوّل موقف الفقه الإسلامي من العلامات الطبيعية الدالة على البلوغ، والتي تخرج الفتاة، بظهورها فيها، من مرحلة الصغر إلى مرحلة التكليف الشرعي، ما دامت عاقلة.

غير أن ما يجب التنبيه إليه، أنه قد يتعذر معرفة بلوغ الفتاة على أساس هذه العلامات الطبيعية لسبب أو لآخر، الأمر الذي ينتج عنه حرج ومشقة وتعطيل للكثير من مصالحها.

ومن ثمّ، فإنّ الأمر يدعو القائمين على شؤون التشريع والتقنين في المجتمع إلى اعتماد معيار واضح، دقيق ومنضبط لمعرفة حد البلوغ، يتم على أساسه تحديد المسؤوليات، وترتيب الحقوق والواجبات، ضمانا لاستقرار الأسرة والمعاملات في المجتمع.

وإذا كان الفقهاء، القدامى والمعاصرون، قد تنبهوا إلى مسألة تقدير البلوغ بالسن، عند عدم ظهور العلامات الطبيعية المعتبرة، وفصلوا القول فيها في مؤلفاتهم، فإنّ التشريعات المعاصرة قد اعتمدت السن وحدها، دون العلامات الطبيعية، إمارة على بلوغ الفتاة والفتى، وعلامة بارزة على كمال أهليتهما للزواج.

ذلك أن تحديد سن البلوغ، ومن خلاله سن أدنى للزواج، يرتبط ارتباطا وثيقا برضائية عقد الزواج، بحيث يتحقق مع هذا التحديد توفر التمييز الذي يمكّن من القدرة على التفكير والاختيار الحر ويجعل الفتاة – والفتى – مدركة المعنى الحقيقي للزواج، ومدى الالتزامات التي تترتب عنه. وعلى ضوء ما سبق ذكره ينبغي توضيح موقف موقف الفقه الإسلامي من تقدير البلوغ بالسن (الفرع الأوّل)، السن التي يحصل بها البلوغ عند الفقهاء (الفرع الثاني)، ثمّ موقف قانون الأسرة الجزائري من تحديد أهلية الزواج وتقديره (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل

موقف الفقه الإسلامي من تقدير البلوغ بالسن

إنّ تقدير البلوغ بالسن مذهب جمهور الفقهاء، لم يخالف فيه إلا داود الظاهري، رحمه الله تعالى[1].

وفيما يلي موقف داود الظاهري (أولا) ثم موقف الجمهور (ثانيا).

أولا – موقف داود الظاهري:

قال داود رحمه الله تعالى « لا حدّ للبلوغ من السن، لقوله عليه السلام: « **رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتّى يحتلم**... »[2]. ثمّ قال: « وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر »[3]، وقال أيضا: « لا يبلغ بالسن ما لم يحتلم ولو بلغ أربعين سنة »[4].

---

1 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 551.

2 – سبق تخريج الحديث، ص 52.

3 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 551.

4 – انظر: القرطبي، محمد بن أحمد (600 – 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ط)، 2003، ج 5، ص 35.

ووجه استدلاله بهذا الحديث، أنه جعل الاحتلام وحده علامة على البلوغ، وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر الصحيح.

وردّ الجمهور استدلال داود بالحديث السابق بقولهم: « وما احتجّ به داود لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل، ولهذا كان إنبات الشعر عَلَمًا عليه »[1].

ثمّ إن الحديث المذكور جعل الاحتلام دليلا على البلوغ من بين أدلة أخرى، وليس الدليل الوحيد. فقد قامت الأدلة على اعتبار الإنبات والإنزال والحيض وغيره أدلة على البلوغ، والسن معنى يحصل به البلوغ.

ثانيا – موقف جمهور الفقهاء:

قال جمهور الفقهاء إذا لم تظهر علامة من العلامات المعتبرة السالف ذكرها، فالمعتبر في تحديد أجل البلوغ هو السن[2].

وبهذا قال الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]، وغيرهم[7].

استدل الجمهور لمذهبهم بالسنة النبوية وبالمعقول. وتفاديا للتكرار الممل، أرجي ذكر هذه الأدلة إلى حين عرض رأي الجمهور في تحديد السن التي يحل بها اجل البلوغ.

الفرع الثاني

تحديد السن التي يحصل بها البلوغ

اختلف جمهور الفقهاء في تحديد السن التي يحل بها أجل البلوغ، ومرجع اختلافهم إلى أن البلوغ يرتبط بسن المراهقة، والمراهقة أمر جسماني تابع لمناخ البلاد المختلفة.

---

1 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 551.

2 – انظر: الكاساني، مرجع سابق، ج 7، ص 172.

3 – انظر: ابن الهمام، مرجع سابق، ج 7، ص 270.

4 – انظر: الحطّاب، مرجع سابق، ج 6، ص 633.

5 – انظر: السيوطي، مرجع سابق، ص 223.

6 – انظر: الزركشي، محمد بن عبد الله (722 – 772هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ج 2، ص 131.

7 – كالإباضية. انظر: اطفيّش، مرجع سابق، ج 2، ص 6 و7.

ولقد نتج عن هذا الاختلاف آراء فقهية كثيرة حتّى داخل المذهب الواحد، غير أنّ هذه الآراء المختلفة على تشعبها، يمكن تلخيصها وعرضها في ثلاثة مذاهب أساسية:

مذهب الجمهور (أوّلا)، مذهب الإمام أبي حنيفة (ثانيا) ثمّ مذهب المالكية (ثالثا).

أوّلا – مذهب الجمهور:

ذهب الجمهور إلى القول بأن أجل البلوغ يحل بخمس عشرة سنة قمرية للأنثى والذكر على حد سواء. فهذه السن بلوغ لمن لم يحتلم[1].

وهذا مذهب الشافعي[2]، وأحمد[3]، وأبو يوسف ومحمد[4]، ورواية عن أبي حنيفة[5]، ومذهب ابن وهب وأصبغ وابن الماجشون من المالكية[6]، وهو قول عمر بن عبد العزيز ﷺ، وجماعة من أهل المدينة[7].

استدل الجمهور لمذهبهم، بالسنة النبوية (1)، وبالمعقول (2).

1 – السنة النبوية:

استدل الجمهور بما رواه نافع قال: حدثني ابن عمر، « **أن رسول الله ﷺ عرضه يوم أُحد للقتال. قال: وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يُجزني، ثم عرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني.** قال نافع فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو خليفة فحدثته هذا الحديث فقال: إنّ هذا لحدّ بين الصغير والكبير وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة »[8].

---

1 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 551.

2 – انظر: السيوطي، مرجع سابق، ص 223.

3 – انظر: البهوتي، مرجع سابق، ج 3، ص 443.

4 – انظر: الكاساني، مرجع سابق، ج 7، ص 172.

5 – انظر: ابن الهمام، مرجع سابق، ج 9، ص 270.

6 – انظر: عليش، مرجع سابق، ج 3، ص 167.

7 – انظر: القرطبي، مرجع سابق، ج 5، ص 35. والقول بخمس عشرة سنة للذكر والأنثى هو المشهور عند الإباضية كذلك، انظر: اطفيش، مرجع سابق، ج 2، ص 7.

8 – أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهاداتهم، ج 5، ص 326، ح.ر: 2664.

وزاد ابن حبان[1]، والبيهقي[2]، بعد قول ابن عمر رضي الله عنه « **لم يجزني** »، عبارة: « **ولم يرني بلغت** »[3].

قال الصنعاني: « وجه ذكر الحديث هنا أن من لم يبلغ خمس عشرة سنة لا تنفذ تصرفاته من بيع وغيره. ومعنى قوله "لم يجزني" أي: لم يجعل لي حكم الرجال المتقاتلين في إيجاب الجهاد عليّ وخروجي معه. وقوله "فأجازني"، أي رآني فيمن يجب عليه الجهاد ويؤذن له في الخروج إليه. وفيه دليل على أن من استكمل خمس عشرة سنة صار مكلّفًا بالغا، له أحكام الرجال، ومن كان دونها فلا »[4].

وقال الشوكاني: « وقد استدل بحديث ابن عمر هذا مَنْ قال: إن مُضي خمس عشرة سنة من الولادة يكون بلوغا في الذكر والأنثى، وإليه ذهب الجمهور... »[5].

ناقش المخالفون هذا الاستدلال بما يلي:

أ – قال الشوكاني « وتعقّب ذلك الطحاوي وابن القصّار وغيرهما بأنه لا دلالة في الحديث على البلوغ، لأنه ﷺ لم يتعرض لسنّه، وإن فُرض خُطور ذلك ببال ابن عمر... »[6].

ب – قال الصنعاني « وناقش في الاستدلال به (أي حديث ابن عمر) على البلوغ، بعض المتأخرين قائلا: إن الإذن في الخروج للحرب يدور على الجلادة والأهلية، فليس

---

1 – أخرجه ابن حبان في كتاب السير، باب الخروج وكيفية الجهاد. انظر: ابن حبان، محمد بن أحمد (ت 354هـ)، صحيح ابن حبان ترتيب علي بن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1993، ج 11، ص 30، ح.ر: 4728. قال شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين.

2 – أخرجه البيهقي في كتاب الحجر، باب البلوغ بالسن. انظر: البيهقي، أحمد بن الحسين (384 – 458هـ)، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، (د.ط)، 1994، ج 6، ص 55، ح.ر: 11081.

3 – انظر المرجعين السابقين: أ – الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5، ص 273

ب – الصنعاني، ج 3، ص 880.

4 – سبل السلام، المرجع نفسه والصفحة نفسها.

5 – نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 5، ص 274.

6 – المرجع نفسه والصفحة نفسها.

له في ردّه دليل على أنه لأجل عدم البلوغ، وفهمُ ابن عمر ليس بحجة... »[1].

جـ – قال الكاساني « أما الحديث فلا حجة فيه لأنه يُحتمل أنه أجاز ذلك لما علم، ﷺ، أنه احتلم في ذلك الوقت ويُحتمل أيضا أنّه أجاز ذلك لمّا رآه صالحا للحرب محتملا على سبيل الاعتياد للجهاد... »[2].

وردّ الجمهور هذه الاعتراضات بما يلي:

أ – إن حديث ابن عمر رضي الله عنهما، زاد فيه البيهقي وابن حبّان، وابن خزيمة، بعد قوله لم يجزني عبارة « **ولم يرني بلغت** »، وبعد قوله فأجازني، عبارة « **رآني بلغتُ** »، والظاهر أن ابن عمر لا يقول هذا لمجرد الظن من دون أن يصدر منه، ﷺ، ما يدلّ على ذلك[3].

ب – قال الصنعاني ردًّا على من قال إن الإذن في الخروج للحرب يدور على الجلادة وأن فَهمَ ابن عمر ليس بحجة « قلت: وهو احتمال بعيد، والصحابي أعرف بما رواه. وفيه دليل على أنّ الخندق كانت سنة أربعٍ، والقول بأنها خمسٍ يردّه هذا الحديث، ولأنهم أجمعُوا أن أُحُدًا كانت سنة ثلاثٍ »[4].

2 – المعقول:

استدل الجمهور لمذهبهم بالمعقول.

قال الكاساني « وجه قولهم، أي أبو يوسف ومحمد والشافعي، أن المؤثر في الحقيقة هو العقل، وهو الأصل في الباب، إذ به قوام الأحكام، وإنّما الاحتلام جعل حدا في الشرع لكونه دليلا على كمال العقل، والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشرة سنة عادة. فإذا لم يحتلم إلى هذه المدة عُلم أن ذلك لآفة في خلقه، والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل فكان العقل قائما بلا آفة فوجب اعتباره في لزوم الأحكام »[5].

---

1 – سبل السلام، مرجع سابق، ج 3، ص 880.

2 – بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7، ص 172.

3 – انظر المراجع السابقة: أ – الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5، ص 272

ب – الصنعاني، ج 3، ص 880.

جـ – الشربيني، ج 2، ص 166.

4 – سبل السلام، مرجع سابق، ج 3، ص 880.

5 – بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7، ص 172.

وقال المرغيناني: « وأما السن فلهم (الصاحبان والشافعي) العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة (يعني عن خمس عشرة سنة) »[1].

ثانيا – مذهب أبي حنيفة

للإمام أبي حنيفة في هذا المذهب رأيان، بينهما شيء من الاختلاف.

الرأي الأوّل: « قال أبو حنيفة ﷺ: يتم بلوغ الغلام بثماني عشرة سنة (18)، ويتم بلوغ الأنثى بسبع عشرة سنة (17) ». فهو يفرق بين الذكر والأنثى[2].

استدل أبو حنيفة لرأيه هذا بالكتاب (1) وبالمعقول (2).

1 – الكتاب:

استدل بقول الله تعالى: ﴿ **وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...** ﴾ الإسراء: 34.

قال أبو حنيفة: « قال ابن عباس ﷺ: ثماني عشرة سنة هي أقل ما قيل فيه (أي في بلوغ الأشدّ) فأخذنا به احتياطا. فأمّا أشدّ الرّجال فأربعون، قال تعالى:

﴿ ... **حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً...** ﴾ الأحقاف: 15.

« والأنثى أسرع بلوغا فأنقصناها سنة »[3].

وقال المرغيناني: « وله – أبي حنيفة – في قوله تعالى: ﴿ **حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ** ﴾ وأشدّ الصبي ثماني عشرة سنة – هكذا قاله ابن عبّاس وتابعه القتبي – وهذا أقلّ ما قيل

---

1 – المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت 593هـ)، الهداية شرح بداية المبتدى، المكتبة الإسلامية، (د.ب.ط.س)، ج 3، ص 284.

2 – انظر المرجعين السابقين: أ – الكاساني، ج 7، ص 172.

ب – ابن عابدين، ج 6، ص 153.

ويجدر التنبيه هنا، إلى أن المفتى به عند الحنفية هو قول أبي حنيفة الموافق لمذهب الجمهور، أي خمس عشرة سنة للفتى والفتاة على حد سواء. وهذا ما تمّ النصّ عليه في أغلب مصادر الحنفية. راجع على سبيل المثال المرجعين السابقين: أ – ابن عابدين، ج 6، ص 153.

ب – الزيلعي، تبيين الحقائق، ج 5، ص 203.

3 – انظر: الزّيلعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج 5، ص 203. وانظر أيضا: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 9، ص 208.

فيه فينبغي الحكم عليه للتّيقن به. غير أنّ الإناث نشؤهن وإدراكهنّ أسرع فنقص في حقّهن سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة »[1].

2 – المعقول:

استدلّ أبو حنيفة بالمعقول. قال الكاساني: قالوا: « إنّ الشّرع لمّا علق الحكم والخطاب بالاحتلام فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقّن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده. وإنّما يقع اليأس هذه المدّة لأنّ الاحتلام إلى هذه المدّة متصوّر في الجملة، فلا يجوز إزالة الحكم الثابت عنه مع الاحتمال. وعلى هذا أصول الشّرع، فإنّ حكم الحيض لمّا كان لازما في حقّ الكبيرة لا يزول بامتداد الطّهر ما لم يوجد اليأس، ويجب الانتظار لمدّة اليأس لاحتمال عود الحيض.

وكذا التّفريق في حقّ العنّين لا يثبت ما دام طمع الوصول ثابتا، بل يؤجّل سنة لاحتمال الوصول في فصول السّنة، فإذا قضت السنة ووقع اليأس، الآن يحكم بالتّفريق.

وكذا أمر الله سبحانه وتعالى بإظهار الحجج في حقّ الكفّار والدّعاء إلى الإسلام إلى أن يقع اليأس عن قبولهم، فما لم يقع اليأس لا يباح لنا القتال، فكذلك ههنا، ما دام الاحتلام يرجى يجب الانتظار، ولا بأس بعد مدّة خمس عشرة إلى هذه المدّة، بل هو مرجوّ فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده، بخلاف ما بعد هذه المدّة فإنّه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس عن وجوده »[2].

الرأي الثّاني: ذهب الإمام أبو حنيفة في هذا الرأي المروي عنه إلى القول بتمام تسع عشرة سنة في الغلام.

قال المرغيناني: « وقيل المراد – أي من رأي أبي حنيفة الثاني – أن يطعن في التّاسع عشرة سنة ويتمّ له ثماني عشرة سنة، فلا اختلاف. وقيل فيه اختلاف الرّواية

---

1 – الهداية، مرجع سابق، ج 3، ص 284.

2 – بدائع الصّنائع، مرجع سابق، ج 7، ص 172.

وأنّه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة »[1].

هذا، ولم أقف في كتب الحنفية المعتمدة في المذهب على أي دليل لهذا الرأي.

ناقش الجمهور مذهب أبي حنيفة واستدلاله بالآية وبالمعقول بقولهم: « إنّ حديث ابن عمر السّابق حديث صحيح نصّ في أنّ البلوغ يحصل بتمام خمس عشرة سنة، فلا حاجة للزّيادة، وذلك يشترك فيه الغلام والجارية فاستويا فيه كالإنزال، وما ذكر أصحاب أبي حنيفة ففيما رويناه جواب عنه »[2].

وقال ابن العربي: « إذا لم يكن حديث ابن عمر دليلا في السّن، فكلّ عدد يذكرونه من السنين فإنّه دعوى، والسّن التي أجازها رسول الله ﷺ أولى من سنّ لم يعتبرها ولا قام في الشّرع دليل عليها... »[3].

ثالثا – مذهب المالكيّة:

يعتبر مذهب المالكية، أكثر المذاهب اشتمالا على آراء فقهية مختلفة (داخل المذهب). فهو يشمل أربعة آراء فقهية مختلفة إضافة إلى الرأي الذي ذهب إليه ابن وهب، وأصبغ، وابن الماجشون، الموافق لرأي الجمهور، أي خمس عشرة سنة للذّكر والأنثى على حدّ سواء.

والرّأي المشهور عند المالكية، هو ثمان عشرة سنة للذّكر والأنثى على حدّ سواء[4].

قال الحطّاب: « ... بثمان عشرة، وهذا هو المشهور، وهو أحد الأقوال الخمسة، وقال "البرزلي" في كتاب الصيام، اختلف في السّن، ففي رواية ثمان عشرة، وقيل سبع عشرة.

---

1 – الهداية، مرجع سابق، ج 3، ص 284.

2 – ابن قدامة، مرجع سابق، ج 9، ص 394.

3 – القرطبي، مرجع سابق، ج 5، ص 36.

4 – انظر: العدوي، علي الصّعيدي (1127 – 1201هـ)، حاشية العدوي على كفاية الطّالب الرّباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1412هـ، ج 1، ص 566. وانظر كذلك المرجعين السّابقين: أ – الدّسوقي، ج 4، ص 476.
ب – المواق، ج 5، ص 59.

وزاد بعض شراح الرّسالة ستة عشر، وتسعة عشر. وروى ابن وهب خمسة عشر، لحديث ابن عمر، رضي الله عنهما.

وقال "البرزلي" في مسائل النّكاح: سُئل "اللّخمي" عن معنى قولهم علامة البلوغ سبع عشرة أو ثماني عشرة فأجاب: النّسبة إلى السّنة بالدّخول فيها، فمن أكمل سنة وخرج ولو بيوم فلا ينسب إليها... »[1].

وهذه الأقوال المختلفة، لم أعثر لها على دليل في كتب المالكيّة، إلاّ ما دلّ عليه حديث ابن عمر، رضي الله عنهما، والذي يعتبر نصّا في المسألة.

رابعا – الرأي الراجح في الموضوع:

تم التعرض في هذا الفرع (الثاني) لمسألتين:

الأولى: موقف الفقه الإسلامي من معرفة حدّ البلوغ بالسّن.

الثانية: الآراء الفقهية المختلفة بشأن السّن التي يحصل بها البلوغ.

فبخصوص المسألة الأولى، يتجلّى رجحان رأي الجمهور الذي يرى اعتبار السّن حدّا للبلوغ عند الفتاة، والفتى، وذلك عند عدم ظهور العلامات الطبّيعية الدّالة عليه، وذلك من وجهين:

الوجه الأوّل: قوّة أدلّة الجمهور، حيث تستند إلى نصوص من السّنة النبوية الشّريفة، والمعقول.

الوجه الثّاني: لأنّ رأي الفقيه داود الظّاهري، رحمه الله تعالى، يؤدّي إلى طريق مسدود في المسألة، فهو يؤدّي إلى القول بعدم بلوغ الفتاة، والفتى على حدّ سواء، إذا لم يحصل لهما احتلام طول الحياة، وهو قول لم يقل به أحد، في حدود ما أعلم.

أمّا بخصوص المسألة الثانية، السّن التي تحصل بها البلوغ[2]، فمن خلال عرض المذاهب والآراء الفقهية المختلفة في المسألة، يتبيّن أنّ رأي الجمهور، الذي ذهب فيه

1 – مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 6، ص 634، وانظر كذلك: الخرشي، مرجع سابق، ج 5، ص 391.

2 – إنّ السن الدنيا للبلوغ عند الفتاة في المذاهب الأربعة، هي تسع (09) سنين أما عند الفتى فهي تسع (09) سنين عند الجمهور، وأثني عشرة (12) سنة عند الحنفية. انظر: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 8، ص 192.

أصحابه إلى تحديد أجل البلوغ بخمس عشرة سنة للفتاة والفتى على حدّ سواء، أولى بالتّرجيح والإتباع، وذلك لاعتبارات عدّة، منها:

1 – إنّ حديث ابن عمر، رضي الله عنهما، الذي استدلّ به الجمهور، حديث صحيح جاء في محلّ النّزاع، فهو النّص والفيصل في المسألة. أمّا ما ورد عليه من اعتراضات فمردود بما سبق ذكره في الموضوع.

2 – إنّ الغالب المعتاد هو حصول الاحتلام في هذه السّن، فهو لا يتأخّر عنها عادة إلاّ لآفة في الخلقة، والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل، والعقل يكمل في هذه السّن فوجب اعتبار هذه السّن في لزوم الأحكام.

3 – باستقراء الآراء الفقهية المختلفة في المسألة، نلاحظ بأنّ كلّ المذاهب الفقهية (أي المذاهب الأربعة) قد أخذت بخمس عشرة سنة كحدّ للبلوغ، فالإمام أبو حنيفة قال بها في رواية عنه، وكذلك بعض فقهاء المالكيّة، بالإضافة إلى رأي الجمهور.

وفي ختام الكلام عن معرفة حد البلوغ بالسن عند الفقهاء، ينبغي التذكير بأن مسألة سن البلوغ مسألة مرتبطة بما أودعه الله تعالى من قوانين وسنن طبيعية في الكون لها تأثيرها على نموّ قدرات الأفراد الجسمية والعقلية.

فقد دلت الدراسات العلميّة المتخصصة على أنّ بلوغ الفتاة مرتبط بجملة من المؤثّرات الطبيعية، منها[1]:

1 – تأثير المناخ: حيث أنّ بلوغ الفتاة في المناطق الحارة كإفريقيا وأمريكا الجنوبية يكون مبكّرا، وذلك بمجرّد بلوغها ثماني سنوات أو عشر سنوات على الأكثر.

أمّا في المناطق المعتدلة كفرنسا وإسبانيا، يتراوح بلوغها بين اثني عشرة سنة وخمس عشرة سنة.

1 – انظر: القزويني، جودت كاظم، الأحكام المتعلّقة بالطّفل في الشّريعة الإسلامية، رسالة ماجستير نوقشت في كلّية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1981، ص 16 وص 17.

أمّا في المناطق الباردة كروسيا والسّويد، فيتراوح بلوغها بين خمس عشرة، وتسع عشرة سنة.

2 – تأثير المزاج: فالفتاة العصبيّة المزاج تبلغ في حدود أربع عشرة سنة، أمّا هادئة المزاج فتبلغ في حدود سبع عشرة سنة.

3 – تأثير بنية البدن: فالفتاة قويّة البدن بفعل حسن التّغذية والصّحة الجيّدة تبلغ في حدود أربع عشرة سنة، في حين أنّ النّحيلة والضّعيفة البدن تبلغ في حدود خمس عشرة سنة.

ومن منطلق مثل هذه التأثيرات المختلفة على بلوغ الفتاة، يمكن القول: إنّه من دواعي الحكمة عند التعامل مع الآراء الفقهية لأئمتنا الأعلام، أن يؤخذ في الحسبان مبدأ تغير الفتوى بتغير ظروف الزمان والمكان وأحوال الناس وظروفهم المختلفة[1].

كما ينبغي، كذلك، حسن استثمار نتائج البحث العلمي وتطور المعارف في شتى مجالات الحياة.

الفرع الثالث

موقف قانون الأسرة الجزائري من تحديد سنّ الزواج وتقديره

ينبغي التنبّيه منذ البداية إلى أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يتعرّض لتحديد سنّ البلوغ، فذلك ليس من اختصاصه، وإنّما تناول بالبيان والتّحديد أهلية الزواج للفتى والفتاة.

---

1 – لقد نبّه العلاّمة الإمام بن القيّم، رحمه الله تعالى، إلى أهميّة هذا المبدأ، حيث خصّص له فصلا كاملا استغرق في شرحه عشرات الصّفحات، عنون له بـــ « فصل في تغيّر الفتوى واختلافها بحسب تغيّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد ». وممّا جاء في مقدّمته: « هذا فصل عظيم النّفع جدّا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشّريعة أوجب من الحرج والمشقّة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أنّ الشّريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإنّ الشّريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلّها ورحمة كلّها ومصالح كلّها وحكمة كلّها... ». انظر: ابن القيّم، محمّد بن أبي بكر (691 – 751هـ)، إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، مراجعة، تقديم وتعليق: طه عبد الرّؤوف سعد، دار الجبل، بيروت، (د.ط.س)، ج 3، ص 3 وما بعدها.

وعلى الرّغم من ذلك، فإنّ التعرض لموقف هذا القانون من مسألة أهلية الزواج، تشكّل جزءًا أساسيا في موضوع هذا البحث، ذلك أنّه يوجد تداخل واضح بينها وموضوع البلوغ.

ولعلّ من المفيد، قبل الشّروع في بيان موقف قانون الأسرة الجزائري في مختلف المسائل المتعلّقة بالبحث، وعلى وجه الخصوص تحديد سنّ الزواج عند الفتاة والفتى، أن أقدّم تعريفا موجزا بهذا القانون، ولذلك، أتناول في هذا الفرع فكرتين اثنتين: تعريف موجز بقانون الأسرة الجزائري (أولا)، تحديد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري وتقديره (ثانيا).

أوّلا – تعريف موجز بقانون الأسرة:

أقدّم تعريفا موجزا بقانون الأسرة بقدر ما يتطلبه المقام وذلك من زوايا ثلاث: صدوره (1)، مرجعيته (2)، ثم تعديله (3).

1 – صدور قانون الأسرة:

صدر قانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 84-11، بتاريخ 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 جوان 1984م[1]، وذلك بعد طول انتظار، وبعد نقاش وإعادة نقاش على مختلف المستويات دام قرابة عشرين سنة كاملة[2].

إنّ صدور هذا القانون عرف تأخّرا فاحشا مقارنة بقوانين الجمهورية الجزائرية الأخرى، كقانون العقوبات وقانون الحالة المدنية والقانون المدني[3]، وغيرها، هذا من جهة، ومقارنة بصدور قوانين الأحوال الشّخصية في أغلب الدّول العربية، من جهة أخرى[4].

ويبرّر هذا التأخر في الصدور عوامل مختلفة، لعلّ العامل الجوهري فيها هو الصّراع الفكري الذي كان قائما حول مرجعية قانون الأسرة بين اتّجاهين اثنين: أولهما

---

1 – نشر هذا القانون في ج.ر.ج.ج رقم 24، بتاريخ 12 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 12 جوان 1984م.

2 – انظر: سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 3، 1996، ص 12.

3 – صدرت هذه القوانين (التّقنينات) على التّوالي سنة 1966، سنة 1970، سنة 1975.

4 – فعلى سبيل المثال صدر قانون الأحوال الشّخصية السوري سنة 1953، وقانون الأحوال الشّخصية المصري سنة 1955، ومجلّة الأحوال الشّخصية التّونسية سنة 1956، مدونة الأحوال الشخصية المغربية سنة 1958.

حامل لواء الأصالة، متمسّك بالشّريعة الإسلامية، والثاني متأثّر بالحضارة الغربية وقوانينها، حامل لواء العصرنة والتّغريب(1).

ولقد سبقت صدور قانون الأسرة مبادرات عدّة، منذ السّبعينات، غير أنّه لم يكتب لها تجاوز مرحلة المشروع التّمهيدي. واستمرت الأمور على ذلك الوضع إلى أن ظهر مشروع تمهيدي جديد لقانون الأحوال الشخصية سنة 1981 تقدّمت به مديرية البحث لدى وزارة العدل.

وبعد طرح المشروع للنّقاش لمدّة ثلاث سنوات كاملة، عرض المشروع على المجلس الشّعبي الوطني الذي صادق عليه بعد أن أدخل عليه النّواب تعديلات كثيرة، ثمّ تمّ إصداره سنة 1984 تحت هذه التّسمية: "قانون الأسرة"(2).

2 – مرجعية قانون الأسرة الجزائري:

يستمدّ قانون الأسرة الجزائري مرجعيّته من مبادئ الشّريعة الإسلامية وأحكامها. ويتجلّى ذلك ممّا يلي:

أ – جاء في مقدّمة المشروع التّمهيدي لهذا القانون ما نصّه: « اعتمدت اللّجنة في وضع هذه النّصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم، السّنة النّبوية الثّابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث، الإجماع، القياس، الاجتهاد، الفقه على المذاهب الأربعة وعند غير الأربعة في بعض المسائل، وكذا على نصوص تشريعية أخرى لدول شقيقة هي: قانون الأحوال الشّخصية السّوري، قانون الأحوال الشّخصية المصري مع بعض شراحه، مدوّنة الأحوال الشّخصية المغربية، ومجلّة الأحوال الشّخصية التّونسية »(3).

---

1 – انظر: HAMDANE Leila, “Les difficultés de codification du droit de la famille Algérien”, Revue internationale de droit comparé, CNRS, France, Janvier – mars 1985, N° 1, p 1001 et s.

انظر كذلك: حنفي، محمّد الحسيني، "تقنينات الأحوال الشّخصية في الجزائر"، مجلّة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، 1974، العدد 2، ص 2 وما يعدها.

2 – إنّ مشروع 1981 المشار إليه اقترح تسمية "قانون الأحوال الشّخصية"، ولكلا التّسميتين مدلول خاص، وإيجابيات وسلبيات. انظر: تناغو، سمير عبد السّيد، "اصطلاح الأحوال الشّخصية"، مجلّة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلّية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد 4، 1969، ص 13 وما بعدها. وانظر كذلك: الزحيلي، مرجع سابق، ج 7، ص 6.

3 – المشروع التّمهيدي لقانون الأحوال الشّخصية، مديرية البحث، وزارة العدل، 1981، ص 2.

ب – بالرّجوع إلى أحكام هذا القانون يتّضح بأنّ واضع نصوصه لم يخرج عن إطار الفقه الإسلامي، ويتجلّى ذلك من خلال موقفه الواضح من بعض المسائل التي ظلّت ولا تزال، مثار جدل ونقاش حاد بين مختلف التّيارات الفكرية في المجتمع الجزائري، من أمثلتها: موضوع تعدد الزوجات (م 8)، التبني (م 46)، المواريث (المواد من 126 – 183).

جـ – نصت المادة 222 من هذا القانون على ما يلي: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ».

وتتجلى أهمية هذه المادة حينما ندرك أن أغلب مواد قانون الأسرة عبارة عن رؤوس أقلام[1]، هذا من جهة، ثم إنّ هذا القانون قد سكت عن ذكر الكثير من المسائل[2]، من جهة أخرى، الأمر الذي وسّع مجال السلطة التقديرية للقاضي في فهم النصوص على ضوء أحكام الفقه الإسلامي.

وخلاصة القول: إنّ المصدر المادي لقانون الأسرة الجزائري ومرجعيته، هي الشريعة الإسلامية الغراء، وبعبارة أدق: الفقه الإسلامي بمذاهبه المعتبرة[3].

3 – تعديل قانون الأسرة:

إنّ صدور قانون الأسرة الجزائري مستمدّا من الشّريعة الإسلامية يعدّ انتصارا للشّعب الجزائري المسلم، وتتويجا لجهاده المستمرّ عبر التّاريخ للحفاظ على شخصيّته

---

1 – مثال ذلك، أغلب فقرات المادة 53 التي نصت على الحالات التي يجوز فيها للزوجة أن تطلب التطليق، كالفقرة الثانية منها: « العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ». والمعلوم أنّ موضوع العيوب هذا محل خلاف واسع بين الفقهاء ومن وجوه عدة.

2 – ومن أمثلة ذلك السكوت عن مصير المهر حال العدول عن الخطبة، وكذا السكوت عن النص على الطلاق الرجعي والتمييز بينه وبين الطلاق البائن.

3 – وينبغي هنا تسجيل ملاحظتين. الأولى: إنّ قانون الأسرة الجزائري، قبل تعديله وبعده، لا يخلو من سلبيات وهفوات، شأنه في ذلك شأن غيره من التقنينات، تصل في بعض الحالات القليلة، إلى حد مخالفة أحكام الفقه الإسلامي القطعية، ومثال ذلك كيفية حساب عدة المطلقة وأثر ذلك في ميراث الزوجين (م 58).

الثانية: لقد استمدت نصوص قانون الأسرة الجزائري من المذهب المالكي، وغير المذهب المالكي، وهذا خلافا لما هو شائع عند العامة، بل حتى لدى شريحة من المثقفين، من أنّ قانون الأسرة الجزائري مستمد، حصريا، من الفقه المالكي، وهذا خطأ.

الإسلامية، وارتباطه بأحكام الشّريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشّخصية على وجه الخصوص.

غير أنّ هذا لا يعني، بأيّ حال من الأحوال، خُلُوَّ هذا القانون من النّقائص والهفوات الموضوعية والشّكلية المختلفة.

ذلك أنّ ترجمة مبادئ الشّريعة الغرّاء وأحكامها إلى نصوص قانونية مجموعة بين دفتي تقنين، ما هو إلاّ عمل بشري يعتريه الضّعف والنّقص.

فبمجرّد صدور قانون الأسرة ونشر مضمونه على صفحات الجرائد، ظهرت بصدده ردود أفعال مختلفة، بل متناقضة في الكثير من الأحيان، بين مؤيّد للنّص جملة وتفصيلا، ومعارض له، وداع إلى إلغاءه جملة وتفصيلا.

وبين هذين الموقفين المتناقضين، ظهر موقف ثالث وسط بينهما يرحّب بالقانون من حيث المبدأ، ويدعو إلى إعادة النّظر في بعض نصوصه بما يكفل تدارك النّقائص المسجلّة عليه، إثراءً وتعديلا، مسايرة لتطوّر الأسرة الجزائرية وتحقيقا لمصلحتها العليا.

وهذا الموقف الأخير من قانون الأسرة، موقف معتدل ومنصف، دعا إليه الكثير من أصحاب الاختصاص والمهتمين بشؤون الأسرة.

إلاّ أنّ هذا التّعديل لم يأت إلاّ بعد مرور خمس وعشرين سنة من صدور ق.أ.ج، حيث نُصِّبت لجنة وطنية لمراجعته، والتي أنجزت مشروعا بذلك قدّمته للحكومة[1].

---

1 – عقدت اللّجنة الوطنية المكلّفة بمراجعة قانون الأسرة اجتماعها الأوّل، بتاريخ الأربعاء 2003/12/10، تحت رئاسة الرّئيس الأوّل للمحكمة العليا، السّيد بوتارن محمّد زغلول. وقد حدّدت هذه اللجنة قائمة المواضيع التي تستحق الدّراسة في المدى القريب، وهي:

1 – الزّواج (الحالة الصّحية لطالبي الزّواج – اللّجوء إلى التّلقيح الاصطناعي).

2 – النّفقة.

3 – عمل المرأة.

4 – جلسة الصّلح.

5 – فكّ الرّابطة الزّوجية.

6 – تعدّد الزّوجات. =

وكان المهتمون بهذا القانون يترقبون أن يشمل التعديل والإثراء جلّ أحكام قانون الأسرة ومواده، بما في ذلك بعض أحكام المواريث كالتنزيل بالإضافة إلى الهبة والوصية.

غير أنّ التعديل الفعلي[1] لم يطل إلا ثماني عشرة مادة فقط، وكلها في باب الزواج والطلاق، منها المادة السابعة المتعلقة بسن الزواج[2].

ثانيا – تحديد سنّ الزّواج في قانون الأسرة وتقديره:

يمكن تناول هذا الموضوع من خلال فكرتين: تحديد سنّ الزّواج (1)، ثم تقدير هذا التّحديد (2).

1 – تحديد سنّ الزّواج في قانون الأسرة:

لقد مرّت مسألة تحديد السّن القانونية للزّواج في التّشريع الجزائري بمراحل عديدة، حيث تناولتها عدّة نصوص قانونية متعاقبة[3]، آخرها قانون الأسرة الحالي، المعدّل والمتمّم.

= 7 – أموال الزّوج وأموال الزّوجة والأموال المكتسبة أثناء الحياة الزّوجية.

8 – النّسب.

9 – الولاية في الزّواج.

أنجزت اللّجنة عملها وسلّمته للجهة المعنيّة في ديسمبر 2004.

ويجدر التنبيه هنا، إلى أنّ اللّجنة المذكورة قد تبرّأت من بعض الأحكام التي تضمّنها التّعديل الفعلي، والتي خالفت ما تقدّمت به اللّجنة، وفي مقدّمة هذه الأحكام، ما تعلّق بأركان عقد الزّواج، وبركن الولي على وجه الخصوص.

1 – صدر تعديل قانون الأسرة بمقتضى أمر رقم 05–02، مؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فبراير 2005م، يعدل ويتمم القانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة.

نشر هذا التعديل في ج.ر.ج.ج عدد 15، بتاريخ 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فبراير 2005م.

2 – تحفظات كثيرة تسجل على هذا التعديل، لاسيما المواد المتعلقة بأركان عقد الزواج، الولي، تعدد الزوجات، انحلال الزواج، مسكن المطلقة الحاضنة، وغيرها.

3 – من أهمّ هذه النّصوص:

أ – المادة الأولى من قانون 2 ماي 1930 التي حدّدت سنّ الزّواج بـ 15 سنة للذّكر والأنثى على حدّ سواء. =

نصّت المادة السّابعة من هذا القانون، على ما يلي:

« تكتمل أهلية الرّجل والمرأة في الزّواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّد قدرة الطّرفين على الزّواج ».

إنّ الجديد الذي تضمّنه هذا النّص المعدِّل، مقارنة بالنّص المعدَّل، أمران:

الأوّل: التّسوية بين الذّكر والأنثى في سن الزّواج، وهذا خلافا للقاعدة العامة المتّبعة في جلّ النّصوص السابقة لهذا القانون.

ويبدو أنّ مسلك القانون الجزائري في هذه المسألة ليس شاذا وإنّما هو مسلك أخذت به الكثير من التّشريعات الحديثة(1).

الثاني: رفع سنّ المرأة من 18 سنة إلى 19 سنة، وبالمقابل تخفيض سنّ الرّجل، من 21 سنة إلى 19 سنة.

ولعلّ أوّل ما يسترعي الانتباه في هذا التّعديل، كونه يسعى إلى تحقيق الانسجام مع سنّ الرّشد القانوني المنصوص عليه في المادة الأربعون (40) من القانون المدني

= ب – المادة 5 من الأمر رقم 59-274 المؤرّخ في 04 فيفري 1959 التي حدّدت سنّ الذّكر بـــ 18 سنة، والأنثى بـــ 15 سنة.

جـــ – المادة الأولى من القانون رقم 63-224 المؤرّخ في 29 جوان 1963 التي حدّدت سنّ الذّكر بـــ 18 سنة والأنثى بـــ 16 سنة.

د – المادة 7 من الأمر رقم 84-11 المؤرّخ في 09 جوان 1984 (قانون الأسرة المعدّل)، والتي نصّت على أنّه: « تكتمل أهلية الرّجل في الزّواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة ». والملاحظ أنّ كلّ هذه النّصوص المتعاقبة قد خوّلت السّلطة المختصّة حق إعفاء أحد الطّرفين أو كلاهما من بلوغ تمام السّن القانونية، إمّا لأسباب خطيرة، أو لمصلحة أو ضرورة. ولمزيد من التفصيل، انظر المرجعين السابقين: سعد، ص 19 وما بعدها، حنفي، ص 3 وما بعدها. وانظر كذلك:

BEN MELHA (Ghaouti), Le droit Algérien de la famille, O.P.U, Alger, 1er éd, 1993, p 18 à 24.

1 – فعلى سبيل المثال، دأبت التّعديلات المتعاقبة التي مسّت التقنين المدني الفرنسي على التّمييز بين سنّ الرّجل وسنّ المرأة في الزّواج، حيث نصّت المادة 144 منه، قبل تعديلها، على أنّه: « لا يجوز زواج الرّجل قبل تمام 18 سنة ولا المرأة قبل بلوغها 15 سنة كاملة ». في حين أنّ التعديل الأخير الذي مسّ سنّ الزّواج بمقتضى قانون رقم 2006-399، المؤرخ في 04 أفريل 2006، المنشور في ج.ر.ج الفرنسية، بتاريخ 05 أفريل 2006، نص على أنه: « لا يمكن للرجل والمرأة الإقبال على عقد الزواج قبل بلوغهما 18 سنة كاملة ». انظر:

LARRIBAU TERNEYRE (Virgine), “Le marriage, un peu, beaucoup… de plus en plus institution d’ordre public?”, Revue droit de la famille, N° 6, Juin 2006, p 1.

الجزائري[1] والتي تنصّ على أنّ: « كلّ شخص بلغ سنّ الرّشد متمتّعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسنّ الرّشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة ».

والمعلوم أنّ القانون المدني يعتبر الشّريعة العامة للقانون الخاص بكلّ فروعه وقانون الأسرة فرع من فروع القانون الخاص[2].

وبالتّالي فإنّ العلاقة بين قانون الأسرة والقانون المدني قويّة ومتينة، فهي بمثابة علاقة الفرع بالأصل.

وبهذا التّعديل يكون المشرّع الجزائري قد وضع حدّا للتّعارض الذي كان يشوب العلاقة بين القانونين في هذه المسألة، وصار – بمقتضى هذا التّعديل – كلّ من الرّجل والمرأة رشيدا بمجرّد بلوغه تسع عشرة سنة، ولهما أن يباشرا جميع حقوقهما المدنية وفي مقدّمتها الحقّ في إبرام عقد الزّواج.

2 – تقدير سنّ الزّواج في قانون الأسرة:

إنّ قانون الأسرة تعرّض لسنّ الزّواج بالنّسبة للرّجل والمرأة في المادة السّابعة منه، من خلال فقرتين:

أ – جاء في الفقرة الأولى: « تكتمل أهلية الرّجل والمرأة في الزّواج بتمام 19 سنة ».

تضمّنت هذه الفقرة – في تقديري – فكرتين: إحداهما ايجابية والثّانية سلبية.

أمّا الفكرة الإيجابية فتتعلّق بجانب المرأة، حيث رفع النّص سنّ زواجها من ثماني عشرة (18)، إلى تسع (19) سنة.

إنّ هذا التّحديد، كما سبق الذكر، يضع حدّا للتّعارض مع نصّ المادة الأربعين (40)، من القانون المدني الجزائري، هذا من جهة.

---

1 – صدر القانون المدني الجزائري بالأمر رقم 75–58 بتاريخ 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م.

2 – انظر: جعفور، محمّد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط 17، 2009، ص 90 وص 91.

ومن جهة أخرى، فإنّه من شأن هذا التّعديل الإسهام الفعلي في الحدّ من ظاهرة الزّواج المبكّر في المجتمع الجزائري، الذي يعتبر لونا سافرا من ألوان إجبار الفتاة على الزّواج.

ثمّ إنّه تعديل يتوخّى نضجا مقبولا عند الفتاة، واستعدادا أكبر لتحمّل مسؤوليات عقد الزّواج.

أمّا الفكرة السّلبية، فتتجلى في جانب الرّجل، حيث على النّقيض من التعديل الذي مس جانب المرأة، فإنّ تخفيض سنّ زواج الرّجل من واحد وعشرين (21) سنة، إلى تسع عشرة (19) سنة، يؤدي إلى تشجيع الزواج المبكر الذي لا يخدم مصلحة أحد، لا الرّجل، ولا المرأة، ولا المجتمع، إلا في حالات شاذّة تجد علاجها في الفقرة الثّانية من هذه المادة (المادة السّابعة).

ثمّ إنّ هذا التّعديل، يسير في اتّجاه تيّار "المساواة الفعلية التّامة بين الرّجل والمرأة" الذي يفرضه منطق العولمة بشتّى الوسائل والأساليب، وفي مقدّمتها الاتّفاقيات، والمعاهدات الدّولية[1] التي تكرّس نظرة الغرب للمرأة وللأسرة.

ولهذه الاعتبارات، يبدو لي أنّ الأصلح والأصوب في المسألة هو الإبقاء على نصّ المادة السابعة (07) التي حددت سن زواج الرجل بواحد وعشرين (21) سنة، لأنّها سنّ تضع حدّا واضحا للزّواج المبكّر، تتيح للشّباب الجزائري أداء واجب الخدمة الوطنية، وتؤهّله، جسديا ونفسيا، لتحمل تبعات عقد الزواج المادية والمعنوية باعتباره القائم على شؤون الأسرة والمشرف عليها.

---

1 – ومن أمثلتها الاتفاقية المتعلّقة بإلغاء جميع أنواع التمييز ضدّ المرأة التي صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1979/12/18.

ويجدر التنبيه هنا، إلى نص المادة 132 من الدستور الجزائري لسنة 1996 التي جاء فيها « المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون ». ويفيد هذا النص، أنّه إذا تعارض نصّ في القانون الدّاخلي مع نصّ في معاهدة دولية صادقت عليها الدّولة الجزائرية، فإنّ نص المعاهدة هو الذي يطبق!!

وتأكيدا لهذه الوجهة في تعديل قانون الأسرة، انظر:

"La reforme du code de la famille algérien", Revue droit de la famille, N° 1, Janvier 2005, p 5.

ب – وجاء في الفقرة الثانية من المادة السابقة:

« وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكّد قدرة الطرفين على الزواج ».

وينبغي بخصوص هذه الفقرة تسجيل الملاحظات الآتية:

الملاحظة الأولى: إنّ فتح باب الإعفاء من بلوغ تمام السن القانونية، يعتبر التفاتة حكيمة من المشرع إلى واقع المجتمع الجزائري.

ذلك أنّه من شأن هذا الإعفاء استيعاب بعض الفئات التي تعيش ظروفا خاصة، لا تستوعبها السن المحدّدة قانونا، وتمكينها من إتمام الزواج في إطار القانون وتحت سلطته ورقابته[1].

ثمّ إنّ هذا الإعفاء، عند قيام أسبابه ومبرراته، قد انتهجته كافة التشريعات المعاصرة، حتى الغربية منها[2].

الملاحظة الثانية: إنّ هذه الفقرة لم تحدد السن الدنيا التي لا يجوز النزول عنها عند ترخيص القاضي بالزواج.

ولا تخفى أهمّية هذا التحديد، فهو كفيل بحسم مادة الاختلاف في الاجتهاد القضائي في المسألة. كما أنّه يضع حاجزا منيعا أمام تفشي ظاهرة الزواج المبكر الذي غالبا ما يتم قبل ثبوت البلوغ التام عند الفتاة، في أغلب الحالات، وعند الفتى أيضا، الأمر الذي ينعدم معه استعدادهما الجنسي والعقلي لتحمل تبعات الزواج، أو يضعف.

وفي هذا المجال، تنبّهت بعض التشريعات العربية[3] إلى أهمّية هذا التحديد،

---

1 – تعرف بعض المناطق من القطر الجزائري ولا تزال، ظاهرة الزواج المبكر، وغالبا ما يتم هذا الزواج بصورة عرفية أي عن طريق الفاتحة دون إتمام إجراءات تسجيل الزواج أمام الجهات المختصة، وكثيرا ما يتم اللجوء إلى الزواج العرفي تهربا من بعض الأحكام القانونية، منها تلك التي تحدد سنا قانونية معينة للمقبلين على الزواج. ويترتب على الزواج العرفي آثار سلبية كثيرة، خاصة في جانب الزوجة والأولاد، انظر: عزمي، ممدوح، الزواج العرفي: أركانه، شروطه وآثاره، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 1996، ص 10 وما بعدها.

2 – نصّت المادة 145 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: « ومع ذلك يجوز لوكيل الجمهورية لمكان إشهار الزواج أن يأذن به قبل بلوغ هذه السن لأسباب جسيمة ».

3 – فعلى سبيل المثال، حدّدها قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 18 منه بـــ15 سنة للرجل، و13 سنة للمرأة.

وكذلك فعل مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية[1]، الذي حدّد هذه السن الدنيا بخمس عشرة سنة للرجل والمرأة.

وهذا التحديد الأخير يبدو معقولا، متماشيا مع رأي جمهور الفقهاء باعتباره حدّا لبلوغ الفتاة والفتى.

الملاحظة الثالثة: إنّ قانون الأسرة لم ينص على أي جزاء قانوني يترتّب على إبرام عقد الزواج قبل تمام السن القانونية، وقبل صدور الإعفاء من السن من قبل الجهة القضائية المختصة.

وبناءً على ذلك فما جدوى تحديد السن القانونية للزواج في غياب أي جزاء قانوني يترتب على مخالفته.

وفي الأخير يبدو لي من الضروري تعديل المادة السابقة (07) الحالية من قانون الأسرة الجزائري، وإعادة صياغة فقرتيها، الأولى والثانية، أخذا بعين الاعتبار ما سبق من ملاحظات على نحو يجسد حماية قانونية فعلية لمبدأ الرضا في الزواج، ورضا الفتاة على وجه الخصوص.

---

1 – إنّ هذا المشروع من وضع جامعة الدول العربية التي أخذت على عاتقها تحقيق تشريع عربي موحد مستمد من الشريعة الإسلامية، وذلك في شتى مجالات القانون.

ونتفيذا لقرارات المؤتمر الأوّل لوزراء العدل العرب المنعقد في الرباط بين تاريخي 14 و16 ديسمبر 1977، تمّ تشكيل لجنة فنية متخصصة تتكوّن من سبعة خبراء مكلّفة بوضع مشروع قانون عربي موحد للأحوال الشخصية، اعتمادا على القرآن الكريم والسنّة النبوية وما يؤول إليهما من إجماع أو قياس أو مصالح مرسلة، دون التقيد بمذهب معيّن من مذاهب الفقه، وكذا مبادئ العدالة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

كما أخذت هذه اللجنة في الاعتبار إتباع قاعدة التدرج في عملية التوحيد مع مراعاة الأعراف السائدة في الأقطار العربية مما لا يخرج عن دائرة الشريعة الإسلامية.

وفي سنة 1982، قدّمت اللجنة مشروعا متكاملا للأحوال الشخصية في 291 مادة موزعة على خمسة كتب (أي أبواب) الأوّل: الزواج، الثاني: الفرقة بين الزوجين، الثالث: الأهلية والولاية، الرابع: الوصية، الخامس: الإرث.

ولمزيد من التفصيل والتوضيح، انظر: م.ق.ع.م.أ.ش ومذكرته التوضيحية، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد الثاني، السنة الثانية، أكتوبر 1985.

الفصل الثاني

المكلفة بين البكارة والثيوبة

لقد انتهى بي البحث في الفصل السابق (الأول) إلى تحديد مفهوم التكليف وبيان شروطه، واتضح من ذلك أن الشخص يصير مكلفا شرعا متى توفر فيه شرطان أساسيان: العقل والبلوغ. والذكر والأنثى في ذلك سواء.

ولما كان موضوع البحث يعالج فكرة رضا المرأة في الزواج، فإنه من البديهي أن يتجه البحث إلى المرأة التي يعتبر رضاها شرعا وقانونا، وهي المرأة العاقلة، البالغة، دون سواها، كالمجنونة والصغيرة ومن هي في حكمهما.

ومعلوم أن الفقهاء يميزون في المكلفة، العاقلة البالغة، بين قسمين من النساء، البكر والثيب.

وبناء على هذا التميز استنبط الفقهاء أحكاما فقهية مناسبة لكل فئة على حدة، في مختلف فروع الفقه ومجالاته، وعلى وجه الخصوص في مجال عقد الزواج، من هذه الأحكام ما هو محل اتفاق بينهم، ومنها ما هو محل خلاف.

فما هو مفهوم البكر ومفهوم الثيب؟ متى تعتبر المكلفة بكرا، ومتى تعتبر ثيبا؟ كيف تعبر البكر والثيب عن رضاهما بالزواج؟

لمعالجة هذه المسائل، أقسم هذا الفصل إلى مبحثين: مفهوم البكر والثيب (المبحث الأول)، تعبير كل من البكر والثيب عن رضاها بالزواج (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم البكر والثيب

أتناول في هذا المبحث مسألتين جوهريتين: الحالات التي تعتبر فيها المرأة بكرا، وتلك التي تعتبر فيها ثيبا (المطلب الأول)، ثم بيان الأساس الراجح للتمييز

بين البكر والثيب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحالات التي تعتبر فيها المكلفة بكرا، وتلك التي تعتبر فيها ثيبا

ولبيان هذه الحالات، أتناول في هذا المطلب أربعة مسائل: تعريف البكر والثيب (الفرع الأوّل)، الحالات التي تعتبر فيها المكلفة بكرا باتفاق الفقهاء (الفرع الثاني)، الحالات التي تعتبر فيها المكلفة ثيبا باتفاق الفقهاء (الفرع الثالث) ثم الحالات المختلف فيها بين الفقهاء (الفرع الرابع).

الفرع الأوّل

تعريف البكر والثيب

أعرف البكر لغة واصطلاحا (أولا)، ثم الثيب لغة واصطلاحا (ثانيا).

أولا – تعريف البكر:

البكر لغة: العذراء[1]، والبكر من النساء، التي لم يقربها رجل، ومن الرجال الذي لم يقرب امرأة بعد[2].

والبكارة لغة: عذرة المرأة، وهي الجلدة التي على القبل[3].

أما البكر اصطلاحا[4]، فهي عند الحنفية « اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره »، وعند المالكية « التي لم توطأ بعقد صحيح أو فاسد جرى مجرى الصحيح »، وقيل « التي لم تزل بكارتها أصلا ».

ثانيا – تعريف الثيب:

الثيب لغة: المرأة فارقت زوجها، أو دخل بها[5].

---

1 – انظر: الفيروزآبادي، مرجع سابق، البكرة، ص 379.

2 – انظر: ابن منظور، مرجع سابق، ج 3، بكر، ص 73.

3 – انظر: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 8، ص 176.

4 – انظر: المرجع نفسه والصفحة نفسها.

5 – الفيروزآبادي، مرجع سابق، ثاب، ص 92.

والثيب من النساء التي تزوجت وفارقت زوجها بأي وجه كان بعد أن مسها[1].

أما الثيب اصطلاحا فهي « من زالت بكارتها بالوطء ولو حراما »[2].

الفرع الثاني

الحالات التي تعتبر فيها المكلفة بكرا باتفاق الفقهاء

اتفقت كلمة الفقهاء على أن حقيقة البكارة بقاء العذرة[3].

وبناء على ذلك تكون المكلفة بكرا، باتفاق في حالتين:

الحالة الأولى: كل امرأة لم يصبها مصيب، بأن خلقت بلا عذرة، أو لم تزل عذرتها قبل الزواج[4].

الحالة الثانية: كل امرأة زالت عذرتها بغير زواج، بأي سبب من الأسباب الممكنة، كالوثبة، أو حمل ثقيل، أو شدة حيض، أو طول عنوسة، أو إجراء عملية جراحية في موضع العذرة، أو غيرها من الأسباب.

فمن كانت هذه حالها من النساء، اعتبرت بكرا لا ثيبا[5].

ولقد نقل في المسألة عن الإمام الشافعي رأي ثان، اعتبر فيه المكلفة في هذه الحالة الثانية ثيبا لا بكرا، لكنه رأي ضعيف ومرجوح[6].

---

1 – ابن منظور، مرجع سابق، ج 1، ثيب، ص 237.

2 – الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 8، ص 177.

3 – انظر: الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص 244. (والعذرة لغة الجلدة التي على المحل، ومنه العذراء، وهي المرأة التي لم تزل بكارتها بمزيل، فالعذراء ترادف البكر لغة وعرفا، وقد يفرقون بينهما، فيطلقون العذراء على من لم تزل بكارتها أصلا. وقال الدردير« إذا جرى العرف بالتسوية بينهما يعتبر »). انظر: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 8، ص 176.

4 – انظر المرجعين السابقين: أ – الرملي، ج 6، ص 230.
ب – السرخسي، ج 5، ص 6.

5 – انظر المراجع السابقة: أ – ابن عابدين، ج 3، ص 64.
ب – الخرشي، ج 3، ص 176.
جـ – الشربيني، ج 3، ص 149.
د – البهوتي، ج 5، ص 47.

6 – انظر: السرخسي، مرجع سابق، ج 5، ص 8.

واستدل الفقهاء لما ذهبوا إليه في الحالتين السابقتين بقولهم: إن مناط التميز بين البكر والثيب في أحكام الولاية في الزواج، إنما هو "الحياء"، فمتى بقيت المرأة على أصل حياءها فهي بكر، ومتى زال عنها الحياء فهي في حكم الثيبات[1].

وتأكيدا لهذا الاستدلال، ذكروا شواهد مما ثبت عن النبي ﷺ من أحاديث في الموضوع منها:

1 – عن أبي هريرة ﷺ، أن النبي ﷺ قال « **لا تنكح الأيم[2] حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها، قال: أن تسكت** ».

وفي رواية عن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: يا رسول الله إن البكر تستحي، قال « **رضاها صمتها** »[3].

2 – عن عائشة رضي الله عنها قالت: قلت: يا رسول الله أرأيت لو نزلت واديا وفيه شجرة قد أكل منها، ووجدت شجرا لم يؤكل منها، في أيها كنت ترتع بعيرك. قال: « **في الذي لم يرتع منها** » تعني أن رسول ﷺ لم يتزوج بكرا غيرها[4].

ووجه استدلالهم بالحديثين الشريفين، أن البكر، ما لم يطأها رجل وإن زالت عذريتها لسبب من الأسباب المذكورة في الحالة الثانية، تظل صفة الحياء ملازمة لها لا تفارقها، لأنه حياء يمليه كرم الطبيعة[5].

---

1 – انظر المراجع السابقة: أ – السرخسي، ج 5، ص 7.
ب – الخرشي، ج 3، ص 176.
جـ – الرملي، ج 6، ص 230.
د – ابن قدامة، ج 7، ص 388.

2 – الأيم هي الثيب التي فارقها زوجها بموت أو طلاق، وقد تطلق على من لا زوج لها أصلا، والمعنى الأول هو المقصود والمراد في هذا الحديث، انظر: الخطيب، محمد عجاج، الموجز في أحاديث الأحكام، المطبعة الجديدة، دمشق، (د.ط)، 1976، ص 45.

3 – أخرجهما البخاري، في كتاب النكاح، باب: لا ينكح الأب ولا غيره البكر والثيب إلا برضاها، ج 9، ص 110، ح.ر: 5136 و5137.

4 – أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب: نكاح الأبكار، ج 9، ص 24، ح.ر: 5077.

5 – انظر: السرخسي، مرجع سابق، ج 5، ص 8.

الفرع الثالث

الحالات التي تعتبر فيها المكلفة ثيباً باتفاق الفقهاء

اتفق الفقهاء على أن كل امرأة زالت عذرتها بدخول في نكاح صحيح أو بوطء في نكاح شبهة، أو نكاح فاسد، تعتبر ثيبا في كل الأحوال ولو كانت الإزالة حدثت حالة النوم، سواء كانت المرأة مطاوعة أو مكرهة[1].

ودليل الفقهاء في هذا أن الشرع قد اعتبر المرأة في كل هذه الأحوال ثيبا، وأثبت لها الأحكام الشرعية الخاصة بالثيبات، كالمهر والعدة وثبوت النسب، ومعلوم أنه لا مجال لإثبات مثل هذه الأحكام للمرأة البكر[2].

الفرع الرابع

الحالات التي اختلف فيها الفقهاء

يمكن تلخيص الحالات المختلف فيها، في حالتين اثنتين:

الحالة الأولى: المرأة التي تزوجت ولم تزل عذريتها لسبب من الأسباب الممكنة من أمثلتها:

1 – أن تنحل الرابطة الزوجية لسبب عيب في الزوج كالجبّ[3]، والعنة[4]، وما قام مقامهما من العيوب في الزوج الموجبة للتفريق بطلب من الزوجة.

---

1 – انظر المراجع السابقة: أ – السرخسي، ج 5، ص 7، الكاساني، ج 2، ص 244.

ب – الخرشي، ج 3، ص 176، عليش، ج 3، ص 274.

جـ – الشربيني، ج 3، ص 149، الرملي، ج 4، ص 219.

د – ابن قدامة، ج 7، ص 388، البهوتي، ج 5، ص 46.

2 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 388.

3 – الجب: استئصال عضو التناسل عند الرجل.

4 – العنة: صغر الذكر بحيث لا يتأتى منه الجماع. ولمزيد من التوضيح انظر:

أ – بلباقي، عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط 1، 2000، ص 64 (رسالة ماجستير).

ب – شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، ط 4، 1983، ص 89.

2 ـــ وفاة الزوج بعد تمام العقد الشرعي، وتحقق الخلوة الصحيحة[1]، لكن قبل تمام الدخول بالزوجة.

3 – انحلال الرابطة الزوجية بطلاق قبل الدخول، وبعد الخلوة الصحيحة بالزوجة.

اختلفت آراء الفقهاء بشأن هذه الحالة (الأولى)، إلى رأيين مشهورين:

الرأي الأول: اعتبر المكلفة في هذه الحالة بصورها المختلفة، بكرا، ولو طال مكثها مع زوجها. قال بهذا الرأي، الحنفية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4].

استدل هؤلاء الفقهاء لهذا الرأي، بقولهم: إن المرأة الثيب هي الموطوءة في القبل محل البكارة. أما هذه فلم يحصل لها شيء من ذلك، فهي لم تمارس الرجال، ولا تزال على حياءها ولو طال مكثها مع الزوج. أما ما قد يثبت من آثار فقهية في حقها، كالعدة، والمهر، فلا يزيل عنها الحياء بأي حال من الأحوال[5].

الرأي الثاني[6]: يقوم على التمييز بين وضعين في الحالة الأولى بصورها المختلفة، تكون المكلفة في أحدهما بكرا، وفي الثاني ثيبا.

وهذا رأي المالكية، حيث قالوا[7]: تكون المرأة ثيبا إذا أقامت مع زوجها بعد

---

1 – المقصود بالخلوة الصحيحة « أن يجتمع الزوجان بعد عقد النكاح في مكان ما منفردين يأمنان دخول الغير عليهما ولا يوجد بالزوجة (الأحرى بالزوجين) مانع حسي أو شرعي أو طبيعي يمنع من مقاربة الزوج لها، وإلا كانت الخلوة فاسدة ». انظر: الصابوني، عبد الرحمان، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1، 1987، ص 312.

2 – انظر: ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3، ص 64.

3 – انظر: الشافعي، مرجع سابق، ج 5، ص 19.

4 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 388.

5 – انظر: السرخسي، مرجع سابق، ج 5، ص 7.

6 – يوجد رأي فقهي مقابل للرأي الأول تماما، وهو رأي فقهاء الإباضية، إذ يعتبرون المكلفة، في الحالة الأولى بصورها المختلفة، ثيبا لا بكرا ومرد ذلك إلى أن أساس التمييز عندهم بين البكر والثيب، إنما هو الزواج، فالبكر عندهم هي من لم يسبق لها الزواج ولو زالت عذرتها، أو خلقت بلا عذرة، أما الثيب، فهي من سبق لها الزواج ولو لم تزل عذرتها، وهذا رأي فقهي وجيه! انظر: أطفيش، مرجع سابق، ج 6، ص 121 وص 124.

7 – انظر: ابن أنس، مالك (93 – 179هـ)، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم العتقي، دار الحديث، القاهرة، (د.ط)، 2005، ج 2، ص 75. وانظر كذلك المرجعين السابقين:

أ – الدسوقي، ج 3، ص 18.

ب – الخرشي، ج 3، ص 176.

الدخول سنة كاملة، ثبتت فيها خلوة الزوج بها ولو أنكرت الزوجة حدوث الوطء.

وتكون المكلفة بكرا، إذا لم تتحقق الخلوة بها، ولم يحدث الوطء، ولو أقامت مع زوجها أكثر من سنة.

وقالوا: إن مناط التمييز بين البكر والثيب، إنما هو الحياء، وفي هذه الحالة إذا ثبتت الخلوة الصحيحة مع طول المعاشرة لا تقل عن سنة كاملة، فإن المرأة لا محالة ستشهد من زوجها، ما تشهده المرأة العادية من زوجها وهذا حري بزوال الحياء عنها فتكون بذلك في حكم الثيبات.

أما إذا لم تثبت الخلوة الصحيحة بالزوجة، فإن المرأة لا تشهد من زوجها ما تشهده في الحالة الأولى، فتظل على حياءها، وتكون بذلك في حكم الأبكار[1].

الحالة الثانية: المكلفة التي زالت عذرتها بزنا[2].

إن الفقهاء يميزون في أحكام الزنا، عموما، بين صورتين:

الأولى: صورة المرأة التي اشتهر زناها في أوساط الناس، حيث تكرر منها حتى اشتهرت به عند العامة وصار عادة لها، أو بأن أقيم عليها حد الزنا.

والثانية: صورة المرأة التي لم يشتهر زناها، بأن ابتليت به مرة واحدة لفرط شبق أو إكراه، وظل أمرها مستورا.

وبناء على ذلك، انقسم الفقهاء بشأن المرأة التي فقدت عذرتها بسبب زنا، إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: اعتبرها بكرا مطلقا، اشتهر زناها أو لم يشتهر وهذا رأي المالكية في الراجح عندهم[3].

---

1 – انظر المرجعين السابقين: أ – المواق، ج 5، ص 322.

ب – عليش، ج 3، ص 274.

2 – قدم الفقهاء تعريفات مختلفة للزنا، يدور معظمها حول معنى عام مفاده أن الزنا هو « إيلاج حشفة الرجل أو قدرها إن كانت مقطوعة، في قبل امرأة (لا تحل له) ولو بحائل خفيف لا يمنع اللذة، سواء حصل الإمناء أو لم يحصل ». انظر: البطراوي، عبد الوهاب عمر، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، دار الصفوة، (د. ب)، ط 1، 1991، ج 1، ص 117.

3 – انظر المرجعين السابقين: أ – المواق، ج 5، ص 322.

ب – عليش، ج 3، ص 273. =

جاء في المدونة « قلت: أرأيت إن زنت فحُدّت أو لم تُحدّ، أيكون للأب أن يزوجها كما يزوج البكر في قول مالك؟ قال: نعم في رأيي »[1].

قال المالكية: إنّ حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته، وهذه لم تباشر بالإذن في النكاح، فيبقى حياؤها منه بحاله[2].

الاتجاه الثاني: اعتبر المكلفة في هذه الحالة ثيبا مطلقا، اشتهر زناها أو لم يشتهر. وإلى هذا ذهب الشافعية [3]، والحنابلة[4]، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية[5].

قالوا: إن الثيب هي الموطوءة في القبل لا في الدبر، بآلة الرجال لا بآلة غيرها، ولو بزنا، لا فرق بين المكرهة والمطاوعة، ولو عادت البكارة بعد ذلك لم يزل حكم الثيوبة، لأن الحكمة التي اقتضت التفرقة بينها وبين البكر، مباضعة الرجال ومخالطتهم، وهذا موجود مع عود البكارة.

واستدلوا[6] بما رواه عدي بن عدي الكندي، عن أبيه، عن رسول الله ﷺ أنه قال: « **الثيب تعرب عن نفسها بلسانها والبكر رضاها صمتها** »[7].

= وهو كذلك رأي الظاهرية والإباضية. انظر المرجعين السابقين: أ – ابن حزم، ج 9، ص 460.
ب – أطفيش، ج 6، ص 123.

1 – ابن أنس، مرجع سابق، ص 275.

2 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 388.

3 – انظر المرجعين السابقين: أ – الشافعي، ج 5، ص 20.
ب – الشربيني، ج 3، ص 149.

4 – انظر: البهوتي، مرجع سابق، ج 5، ص 46.

5 – انظر المرجعين السابقين: أ – ابن الهمام، ج 3، ص 271.
ب – السرخسي، ج 5، ص 7.

6 – انظر: الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 244.

7 – أخرجه الإمام أحمد في كتاب مسند الشاميين، باب: حديث عدي بن عميرة. انظر: ابن حنبل، أحمد (164 – 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1999، ج 29، ص 260، ح.ر: 17722. صححه الألباني. انظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف، الرياض، (د.ط)، 1995، ج 4، ص 33، ح.ر: 17722.

وبما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: « **لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا البكر إلا بإذنها، قالوا يا رسول الله وما إذنها قال: أن تسكت** »[1].

وفي بيان وجه الاستدلال بالحديثين الشريفين قال ابن قدامه[2] « يدل على أنه لابد من نطق الثيب لأنه قسم النساء قسمين، فجعل السكوت إذنا لأحدهما فوجب أن يكون الآخر بخلافه، وهذه ثيب، فإن الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك... ولأنها موطوءة في القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة... ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة، وعلى هذا ليس لأبيها إجبارها إذا كانت بالغة ».

الاتجاه الثالث: اعتبر المكلفة التي اشتهر زناها ثيبا، والتي لم يشتهر زناها بكرا. وهو رأي أبي حنيفة[3]، والمالكية في رواية ثانية مرجوحة[4].

وقالوا مستدلين لرأيهم: إنّ المرأة التي اشتهرت بالزنا عند الناس، كأن اتخذته حرفة لها، أو أقيم عليها الحد الشرعي، فقد زال عنها الحياء، فهي في حكم الثيبات « أما إن تكرر زناها، فلا تجبر لخلع جلباب الحياء عن وجهها »[5].

أما المرأة التي لم يشتهر زناها بين الناس، « بأن ابتليت بالزنا مرة لفرط الشبق أو أكرهت على الزنا، لا ينعدم حياؤها بل يزداد، لأن في الاستنطاق ظهور فاحشتها، وهي تستحي من ذلك غاية الاستحياء، وهذا الاستحياء، محمود منها... »[6]، « فيكتفى بسكوتها كي لا تتعطل عليها مصالحها »[7].

---

1 – أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب: في الاستئمار، ج 2، ص 238، ح.ر: 2092. صححه الألباني وقال: إسناده صحيح على شرط الشيخين، انظر: صحيح أبي داود، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط 1، 2002، ج 6، ص 327.

2 – المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 388 (بتصرف يسير).

3 – انظر المرجعين السابقين: أ – ابن عابدين، ج 3، ص 64.
ب – ابن الهمام، ج 3، ص 271.

4 – انظر: عليش، مرجع سابق، ج 3، ص 273.

5 – انظر: الخرشي، مرجع سابق، ج 3، ص 176.

6 – انظر: السرخسي، مرجع سابق، ج 5، ص 7.

7 – انظر: المرغيناني، مرجع سابق، ج 1، ص 197.

المطلب الثّاني

الأساس الراجح للتمييز بين البكر والثيب

إنّ المرأة البكر عند جماهير الفقهاء، هي المرأة التي لم تباضع الرجال، ومن أهم العلامات الظاهرة الدالة على ذلك – كقاعدة عامة – بقاء غشاء البكارة (العذرة) سليما لم يفتض.

إنّ هذا الكلام معقول ومقبول من حيث المبدأ، لولا ظهور ما يسمّى "عملية الرّتق العذري" وانتشارها.

ذلك أنّ تطور علم الجراحة الطبية قد فتح الباب واسعا لإجراء عمليات مختلفة، من شأنها إخفاء آثار ارتكاب بعض الأفعال الممنوعة شرعا وقانونا، وفي مقدمتها عملية الإجهاض، وعملية رتق غشاء البكارة.

والمقصود برتق غشاء البكارة، إصلاحها وإعادتها إلى وضعها السابق قبل التمزّق، أو إلى وضع قريب منه، وهو عمل الأطباء المتخصصين. ولا شك أنّ هذه المسألة مستجدة، لم يتناولها نصّ من نصوص الشريعة بصورة مباشرة، أو غير مباشرة[1].

ولتوضيح الإشكالية وتبسيطها، نفترض فتاة بكرا، لم يسبق لها زواج، وقعت في فاحشة الزنا فتمزق غشاء بكارتها، وفقدت عذرتها، ثم أشير عليها بإجراء عملية جراحية تمّ على إثرها رتق غشاء البكارة الممزّق، واختفت بذلك علامات الجريمة وآثارها.

---

1 – اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم إجراء هذه العملية، فمن رأى أنّ مصلحة السّتر على المرأة ودفع الضرر عنها وعن أهلها ودفع ظلم الأعراف والتقاليد الواقع عليها راجحة، قال بالجواز. ومن رأى أنّ مفسدة فتح باب الزنا وانتشار الفاحشة، ووجود الغش والتدليس والتغرير راجحة، قال بالتحريم. انظر:

أ – ياسين، محمد نعيم، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط 2،1999،ص 228 وما بعدها.

ب – منصور، محمد خالد، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 2، 1999، ص 213 وما بعدها.

جـ – الشيخ، أسامة عبد العليم، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د.ط)، 2007، ص 758 وما بعدها. (رسالة دكتوراه).

إنّ في مثل هذه الحالة تثار عدة مسائل فقهية هامة: فهل تعتبر هذه الفتاة بكرا فتزوج زواج الأبكار؟ أو ثيبا فتزوج زواج الثيبات؟

عندما يتقدم شخص لخطبة هذه الفتاة، هل يعلم بحقيقة ما حدث؟ أو تزف إليه في مظهر البكر الحيية وكأنّ شيئا لم يحدث؟ أليس ذلك غش وتدليس على الخاطب؟

هل بقاء غشاء البكارة سليما ظاهريا، يظل دائما علامة على البكارة ومظنة للحياء؟

ألا تؤثر مثل هذه العملية الجراحية في المفهوم التقليدي للبكر والبكارة؟

إنّ معالجة هذه الإشكالية والإجابة على هذه التساؤلات، وغيرها، لجديرة بأن تكون موضوع بحث فقهي أكاديمي مستقل، خاصة وأنّ عملية رتق غشاء البكارة أضحت ظاهرة متفشية في المجتمع، لها وسطاء ومختصون يقومون بإجرائها في أطر غير قانونية، في أغلب الأحيان، داخل الوطن وخارجه[1].

وعلى ضوء ما تقدم بيانه، يمكن تأكيد ما يلي:

أوّلا – بالنسبة للحالة الأولى:

وهي حالة المرأة التي تزوجت ولم تزل عذرتها لسبب من الأسباب الممكنة، فإنّه يبدو لي أنّ أسلم أساس للتمييز بين البكر والثيب، كقاعدة عامة، هو أساس الزواج الذي تبناه فقهاء الإباضية[2]

والمقصود بالزواج هنا، أن تعيش المرأة مع زوجها حياة زوجية فعلية، تتمتع خلالها بحقوقها الزوجية المشروعة، وتؤدي ما عليها من واجبات، وذلك لمدة كافية تذوق فيها طعم الحياة الزوجية، حلوها ومرّها.

---

1 – انظر التحقيق الذي تمّ إجراءه حول هذه الظاهرة في الجزائر:

- Enquête : La virginité artificielle – **Demain l'Algérie**, du vendredi- samedi, 24 et 25 Avril, 1998.

وانظر كذلك: "Pour avortement et réparation d'hymen : Arrestation de 2 médecins et une sage-femme", **Réflexion**, Quotidien national d'information, du Jeudi 04 Novembre 2010.

2 – انظر" اطفيش، مرجع سابق، ج 6، ص 122.

والذي دفعني لترجيح هذا الأساس، كونه يتّسم بقدر كبير من الوضوح والانضباط، هذا من جهة، ثمّ إنّ تفشّي عملية رتق غشاء البكارة، وتوسيع دائرة اللّجوء إليها يوما بعد يوم، من شأنه أن يؤدّي إلى إخفاء كلّ آثار تمزّق غشاء البكارة، أيّا كان سبب ذلك التّمزق، فلا فائدة ترجى بعد هذا، من معرفة سبب التّمزق وملابساته، واعتباره أساسا للحكم على المكلّفة هل هي بكر أو ثيب!

وينبغي، على هذا الأساس، اعتبار المكلّفة بكرا، في هذه الحالة الأولى المختلف فيها بين الفقهاء، بصورها المختلفة، من حيث المبدأ.

غير أنّه يستثنى من هذه الحالة صورة واحدة، وهي صورة انحلال الرّابطة الزّوجية لسبب عيب في الزّوج، بعد طول مقام الزّوجة مع زوجها، كالسّنة أو أكثر، حيث تشهد المرأة من زوجها، عادة، ما تشهده كلّ امرأة متزوّجة، وإن لم يثبت الوطء. ففي هذه الصّورة، ينبغي اعتبار المكلّفة ثيبا لا بكرا.

ثانيا – بالنّسبة للحالة الثّانية:

إنّ اعتبار المكلّفة التي زالت بكارتها بزنا، بكرا مطلقا، اشتهر زناها أو لم يشتهر، وهو مذهب المالكية، مذهب يجافي الواقع في جانب المرأة التي اشتهر زناها، واتخذته حرفة لها، لأنّ من كانت هذه حالها، فقدت كلّ شيء، ولم يبق لها دين ولا خلق ولا بكارة!

فكيف يمكن اعتبارها بكرا ؟!

أمّا المذهب الذي اعتبر المكلّفة في هذه الحالة ثيبا مطلقا، اشتهر زناها أو لم يشتهر، وهو قول الشّافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمّد من الحنفيّة، فهو مذهب يجافي الواقع كذلك، في جانب المكلّفة التي ابتليت بالزنا مرّة واحدة في حياتها، بسبب من الأسباب قد لا يكون لها فيه أية مسؤولية أو مطاوعة، كالمكرهة والمغتصبة.

فكيف يسوغ تسوية من هذه حالها بالتي اشتهر زناها حتى عرفت بالبغاء، واعتبارها بالنّتيجة ثيبا؟!

إنّ الرّأي الذي يبدو معقولا وموضوعيا، وبالتّالي راجحا في هذه الحالة الثّانية، هو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة ﷺ وشاركه فيه بعض المالكية في رواية مرجوحة، والذي

يميّز بين التي اشتهر زناها، فألحقها بالثيبات، لأنّها فقدت البكارة والحياء معا، وبين التي لم يشتهر زناها، وإنّما ابتليت به مرّة واحدة، فهي لا تزال على حياءها وإن فقدت بكارتها، فألحقها بالأبكار.

المبحث الثّاني

تعبير المكلفة عن رضاها في عقد الزواج

يترتب على تحديد مفهوم المكلّفة باعتبارها بكرا أو ثيبا آثار فقهية هامة، تتّصل جلّها بموضوع هذا البحث، رضا المكلّفة في عقد الزّواج.

أتناول في هذا المبحث بالدّراسة والتّوضيح، تعبير المكلّفة عن رضاها بالزّواج، وذلك باعتبارها بكرا (المطلب الأوّل)، ثمّ باعتبارها ثيبا (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل

تعبير البكر عن رضاها بالزّواج

اتّفق الفقهاء على أصل في هذه المسألة (الفرع الأوّل)، ثمّ أضاف بعضهم اعتبارات أخرى هي محلّ خلاف بينهم (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل

الأصل الذي اتّفق فيه الفقهاء

اتّفق الفقهاء في أنّه يستحبّ للولي أن يستأذن البكر البالغة العاقلة في أمر زواجها، وذلك تطييبا لقلبها[1]، ولأنّه أحرى إن كان بها علّة في نفسها، أو لها علّة فيمن تُستأمر في نكاحه أن تذكرها[2].

فقد ثبت عن عائشة، رضي الله عنها، أنّها قالت: « **قلتُ: يا رسول الله يستأمر النّساء في أبضاعهن؟ قال: نعم، قلت: فإنّ البكر تُستأمر فتستحي فتسكت، قال: سكاتها إذنها** »[3].

---

1 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 386.

2 – انظر: الشّافعي، مرجع سابق، ج 8، ص 628.

3 – أخرجه البخاري في كتاب الإكراه، باب: لا يجوز نكاح المكره، ج 12، ص 386، ح.ر: 6946.

واتّفق الفقهاء[1] أيضا في اعتبار سكوت البكر عند استئذانها في أمر زواجها، وسيلة كافية معبّرة عن رضاها وإذنها به.

واستدلّوا بنصوص من السّنة النّبوية الشّريفة، ومن أهمّ ما استدلّوا به:

1 – ما روي عن أبي هريرة، ﷺ أنّه قال: قال رسول الله ﷺ: « **لا تنكح الأيمّ حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت** »[2].

2 – ما ثبت عن أمّ المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أنّها قالت: « **يا رسول الله إنّ البكر تستحي، قال: رضاها صمتها** »[3].

وممّا يستفاد من الحديثين، وغيرهما من الأحاديث الثابتة في الموضوع، اعتبار السّكوت من البكر العاقلة البالغة كافيا للتّعبير عن رضاها بالزّواج والإذن به[4].

« ذلك أنّ الاستئمار في الأصل، طلب الأمر، ومعناه لا يتمّ عقد النّكاح على الأيمّ حتى يطلب الأمر منها، وهو لا يكون إلاّ بالقول. أمّا الاستئذان، فهو طلب الإذن، وهو يدور بين القول والسّكوت، بخلاف الاستئمار الذي لا يكون إلاّ بالقول، فلذلك كان الاستئذان للبكر واعتبر سكوتها إذنا لأنّها قد تستحي أن تفصح وأن تظهر الرّغبة في النّكاح، فيستدل بسكوتها على سلامتها من آفة تمنع الجماع الذي هو مقصود العقد »[5].

---

1 – انظر المراجع السّابقة: أ – المرغيناني، ج 1، ص 199.
ب – الدّسوقي، ج 3، ص 18.
جـ – الشّربيني، ج 3، ص 150.
د – ابن قدامة، ج 7، ص 386.

2 – سبق تخريجه، ص 101.

3 – سبق تخريجه، ص 101.

4 – انظر المراجع السّابقة: أ – السّرخسي، ج 4، ص 196.
ب – ابن أنس، ج 2، ص 102.
جـ – الشّربيني، ج 3، ص 150.
د – المرداوي، ج 8، ص 49.

5 – فرحات، محمّد إسماعيل، "أضواء على حرّية المرأة في عقد النّكاح"، مجلّة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد الأوّل، 1991، ص 4.

ورغبة في تأكيد دلالة السّكوت على الرّضا بالزّواج والإذن به، ذهب بعض الفقهاء إلى دعوة الولي، استحبابا، إلى إعلام البكر بأنّ سكوتها يعتبر رضا بالزّواج[1]، وأنّ الأفضل أن يتولّى استئذانها نسوة ثقات، وفي مقدمتهن أمّها وأقرب النّساء إليها، فإنّه بإمكانها الاطّلاع على ما في نفسها ومعرفة حقيقة ميولها[2].

الفرع الثّاني

الاعتبارات المختلف فيها

يمكن تلخيص هذه الاعتبارات في ثلاثة آراء:

رأي ابن حزم (أولا)، رأي بعض فقهاء المالكية (ثانيا)، رأي بعض فقهاء الشافعية (ثالثا)، رأي بعض الفقهاء في القرائن التي قد تصاحب سكوت البكر (رابعا).

أوّلا – رأي ابن حزم:

ذهب ابن حزم، رحمه الله، إلى القول بأنّ إذن البكر لا يكون إلاّ بالسّكوت، وأنّ كلامها لا يكفي دليلا على رضاها بالزّواج والإذن به، لأنّ السّكوت، حسب قوله، هو المطلوب من البكر. قال رحمه الله تعالى: « ... وكلّ بكر فلا يكون إذنها في نكاحها إلا بسكوتها، فإن سكتت فقد أذنت ولزمها النّكاح، فإن تكلّمت بالرّضا أو بالمنع أو غير ذلك فلا ينعقد بهذا نكاح عليها »[3].

إنّ هذا الموقف من ابن حزم، رحمه الله، متّفق مع أصل مذهبه الظّاهري، غير أنّه رأي مرجوح، شاّذ عن رأي جمهور الفقهاء الذي يعتبر الأصل في التّعبير هو النّطق، وإنّما اعتبر السّكوت من البكر كافيا مراعاة لحيائها.

وبالتّالي، فإن سكتت البكر، دلّ ذلك على رضاها، وإن تكلّمت كان ذلك أفصح وأبلغ.

ثانيا – رأي بعض فقهاء المالكية:

ذهب بعض فقهاء المالكية إلى القول بأنّ رضا البكر المكلّفة بالزّواج وإذنها به،

---

1 – انظر: الخرشي، مرجع سابق، ج 3، ص 183.

2 – انظر: البهوتي، مرجع سابق، ج 5، ص 43.

3 – ابن حزم، مرجع سابق، ج 9، ص 471.

دائر بين السّكوت والكلام، فإذا كان السّكوت هو الأصل في جانبها، فإنّ هناك تسع حالات لا يكفي سكوت البكر فيها، وإنّما يشترط منها الكلام، كالثّيب[1].

ولعلّ هذا الاعتبار لا تحتمله الأحاديث الثّابتة في الباب والتي تعتبر سكوت البكر، من حيث هي بكر، كاف للتّعبير عن رضاها بالزّواج[2].

ثالثا – رأي بعض فقهاء الشّافعية:

ذهب بعض أصحاب الشّافعي إلى التّفريق بين حالتين[3]:

الأولى: إن كان ولي البكر هو الأب أو الجدّ، فإنّ سكوت البكر كاف.

الثانية: إن كان الولي غيرهما، فالواجب هو التّعبير بالكلام، لأنّ حياء البكر من غير الأب والجدّ يقلّ ويضعف.

إنّ هذا الرّأي كسابقيه، لم يسلم من الانتقاد من قبل الفقهاء لمخالفته صريح أحاديث رسول ﷺ.

---

1 – وهذه الحالات السّبع، هي:
أ – البكر التي رشدها وليّها.
ب – التي عضلها وليّها فرفعت أمرها إلى الحاكم فزوّجها.
جـ – التي زوّجت بعرض لأنّها بائعة مشترية، والبيع والشّراء لا يلزم بالصّمت.
د – التي زوّجت بمن فيه رقّ.
هـ – التّي زوّجت بذي عيب يوجب لها الخيار.
و – اليتيمة المحتاجة التي خيف فسادها.
ز – التي يتعدّى الولي عليها، وهو المراد بالافتيات، فيزوّجها بغير إذنها ثمّ تستأذن بعد العقد عليها، فتفتقر إجازتها إلى النّطق. انظر: أ – الخرشي، ج 3، ص 185.
ب – الدّسوقي، ج 3، ص 24.

2 – وممّا يؤكّد هذا الاستدلال ويقوّيه، اختيار الإمام مسلم في صحيحه عنوان الباب الذي جمع فيه ما صحّ عنده، عن رسول الله ﷺ من أحاديث في موضوع استئذان البكر والثّيب وما يحصل به رضا كلّ منهما بالزّواج، حيث أورد الأحاديث في كتاب النّكاح، باب "استئذان الثيب في النكاح بالنّطق والبكر بالسّكوت". انظر: ج 2، ص 1036.

3 – انظر: عميرة، أحمد البرلسي (ت 957هـ)، وقليوبي، أحمد بن أحمد (ت 1070هـ)، حاشيتا قليوبي وعميرة (على شرح جلال الدين محمد بن أحمد المحلّى، على منهاج الطالبين ليحيى بن شرف النووي)، إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1995، ج 3، ص 224. وانظر كذلك: الشربيني، مرجع سابق، ج 3، ص 152.

وممّن تولّوا بيان ضعف هذا الاعتبار "ابن قدامة"، وذلك بقوله: « وهذا شذوذ عن أهل العلم، وترك السّنة الصّحيحة الصّريحة، يُصان الشّافعي عن إضافته إليه، وجعله مذهبا له، مع كونه من أتبع النّاس لسنّة رسول الله ﷺ ولا يعرّج منصف على هذا القول ». ثمّ ذكر بعض الأحاديث الصّحيحة الثّابتة عن النبي ﷺ في اعتبار سكوت البكر، إلى أن قال:

« والأخبار في هذا كثيرة... فإن نطقت بالإذن فهو أبلغ وأتمّ في الإذن من صمتها، وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها... »[1].

وقال ابن حجر: « الصّحيح الذي عليه الجمهور، استعمال الحديث في جميع الأبكار بالنّسبة لجميع الأولياء »[2].

رابعا – رأي بعض الفقهاء في القرائن التي قد تصاحب سكوت البكر:

اختلف الفقهاء فيما إذا لم تتكلّم البكر ولكنّ ظهرت منها قرينة السّخط أو الرّضا، كما لو تبسّمت أو بكت.

قال المالكية: إذا ظهر منها قرينة على السّخط لم تزوّج، ولا يعتبر سكوتها إذنا، كما لو نفرت أو بكت، أو قامت أو ظهر منها ما يدلّ على كراهة من عيّنه الوليّ لها[3].

وقال الشّافعية: كلّ ذلك لا يمنع من زواجها مع سكوتها وذلك ما لم تقرن مع البكاء الصّياح أو ضرب خدّ ونحوه[4].

وفرّق بعض الفقهاء بين الدّمع، فإن كان حارا دل على المنع، وإن كان باردا دلّ على الرّضا[5].

وبصدد هذا الاعتبار، أي الدّموع، ورد في "فتح القدير" تعقيب طريف، معبّر جاء فيه:

---

1 – ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 387.

2 – فتح الباري، مرجع سابق، ج 9، ص 112.

3 – انظر: أ – الباجي، سليمان بن خلف (403 – 474هـ)، المنتقى، شرح الموطّأ، دار الكتاب الإسلامي (د.ب.ط.س)، ج 3، ص 267.

ب – المواق، مرجع سابق، ج 5، ص 64.

4 – انظر: الرّملي، مرجع سابق، ج 6، ص 271.

5 – انظر: ابن حجر، مرجع سابق، ج 9، ص 112.

« والمعوّل عليه اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضّحك، فإن تعارضت أو أشكل احتيط، وعن هذا ما اعتبر بعضهم من أنّ دموعها إن كانت حارّة فهو ردّ أو باردة فهو رضا، لكنّه اعتبار قليل الجدوى أو عديمه، إذ الإحساس بكيفيتي الدّمع لا يتهيّأ إلاّ لخدّ الباكي، ولو ذهب إنسان يحسّه لا يدرك حقيقة المقصود، وليس بمعتاد، ولا يطمئنّ به القلب، إلاّ أنّه كذا ذكرا »[1].

الفرع الثّالث

الرأي الراجح في الموضوع

إنّ معرفة رضا البكر بالزّواج وإذنها به من عدمه، أمر بالغ الأهميّة، ولا شكّ. ولذلك يقتضي الأمر اعتماد وسائل فعّالة واضحة قادرة على الكشف عن مكنون نفس البكر وميل قلبها.

وفيما يبدو لي، لا يتعدّى الأمر ثلاث وسائل هي:

1 – إنّ القاعدة العامة المقرّرة في الفقه الإسلامي بشأن التّعبير عن الإرادة، هي الكلام الصّريح، في كلّ المجالات، والزّواج لا يشذ عن هذه القاعدة.

وبناءً على هذا، فإذا عبّرت البكر عن رأيها في أمر زواجها بالكلام قبولا أو رفضا، كان ذلك وسيلة شرعية وقانونية صريحة كافية[2].

2 – إذا تعذّر الكلام لسبب من الأسباب، يصار إلى وسائل التّعبير البديلة، وفي مقدّمتها السّكوت، لورود الأحاديث الصّحيحة الصّريحة في اعتبار سكوت البكر المكلّفة دليلا على رضاها بالزّواج وإذنها به للولّي.

كما يؤكّد دلالة سكوت البكر على رضاها، العمل بالقاعدة الفقهية المشهورة: « لا

---

1 – ابن الهمام، مرجع سابق، ج 3، ص 265.

2 – ينبغي هنا التذكير بأنّ واقع المرأة اليوم غير واقعها بالأمس. وأنّ حياءها الذي كان يمنعها من التّصريح برأيها في الزّواج قد تضاءل دوره اليوم، بل يكاد ينعدم لدا كثير من النّساء، وذلك بفعل وسائل الإعلام المسموعة والمرئيّة التي تركّز حملتها على "تحرير المرأة" وتجريدها من عفّتها وحياءها، وتهوين أمر ارتكاب الفاحشة ومقدّماتها في عينيها. والمرأة اليوم تعيش صور الاختلاط في شتّى مجالات الحياة، وبالتالي قلّ أن يمنعها حياءها من التّصريح، نطقا برأيها في أمر الزّواج.

يُنسب إلى ساكت قول، لكنّ السّكوت في معرض الحاجة بيان »[1].

3 – إذا اقترن سكوت البكر ببعض العلامات التي سبقت الإشارة إليها في الفرع الثاني أو غيرها، ففي هذه الحالة لا يحتكم إلى العلامات في حدّ ذاتها، وإنّما ينبغي الاحتكام إلى دلالة هذه العلامات، الأمر الذي لا يخفى على أهل الخبرة، وخاصة الأمّهات وأقرب النّاس إلى قلب الفتاة.

المطلب الثّاني

تعبير الثيب عن رضاها في الزّواج

اتفق الفقهاء على أصل في هذه المسألة (الفرع الأول)، وبنوا هذا الأصل على أدلة صريحة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأصل الذي اتفق فيه الفقهاء

اتّفق الفقهاء بشأن الثيب على قول واحد، لا تزوّج الثيب حتى تستأمر وتشاور في زواجها، ولا يعقد عليها حتى تصرّح بموافقتها وإذنها بالقول أو الفعل، بحيث لا يكفي في حقّها السّكوت كما هو شأن البكر[2].

أما القول، فبكلّ لفظ يدلّ على الرّضا مثل: قبلتُ، أذنتُ، رضيتُ، أو ما يقوم مقامه مثل: أحسنتَ، بارك الله فيك... الخ.

أما الفعل، فكأن يظهر منها التهيؤ بعد خطبتها والاستعداد لأمور خاصة بالمرأة، كالسرور وقبول التهنئة.

---

1 – انظر: الزّحيلي، محمّد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط 1، 2006، ج 1، ص 160 وما بعدها.

2 – انظر: قحطان، عبد القادر محمّد، السّكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التّصرفات، دراسة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، نوقشت في كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 45 وما بعدها. وانظر كذلك المراجع السّابقة: أ – السّرخسي، ج 4، ص 197.
ب – ابن أنس، ج 2، ص 102.
جـ – الشّربيني، ج 3، ص 149.
د – المرداوي، ج 8، ص 49.

الفرع الثاني

الدليل الذي يؤكد هذا الأصل

استدل الفقهاء على هذا الأصل المتفق فيه بشأن تعبير الثيب عن رضاها بالزواج بما رواه عدي بن عدي الكندي عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: « **الثيب تعرب عن نفسها بلسانها والبكر رضاها صمتها** »[1].

قالوا[2]: إنّ الحديث صريح في الدلالة على أنّ الثيب تفصح عن رضاها بالزّواج أو عدمه تعبيرا بلسانها. وأنّ اشتراط الكلام في حق الثيب مرده إلى أمرين اثنين:

الأوّل: ما ثبت عن النّبي ﷺ، من أحاديث تصرّح بوجوب استئمار الثيب خلافا للبكر، منها:

1 – حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، السّابق، الذي قال فيه النبي ﷺ: « **لا تنكح الأيم حتى تستأمر** »[3].

قال ابن حجر: أصل الاستئمار طلب الأمر، والمعنى لا يعقد على الثّيب حتى يطلب الأمر، ويؤخذ من قول النبي ﷺ « **حتى تستأمر** »، لا يعقد على الثّيب إلاّ بعد أن تأمر بذلك[4].

2 – عن ابن عبّاس ﷺ، قال رسول الله ﷺ: « **الأيم أحقّ بنفسها من وليّها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها** »[5].

3 – عن ابن عبّاس ﷺ، أنّ النّبي ﷺ قال: « **الأيم أولى بأمرها واليتيمة تستأمر في نفسها وإذنها صماتها** »[6].

---

1 – حديث صحيح سبق تخريجه، ص 105.

2 – انظر: حسين، الولاية على النفس، مرجع سابق، ج 1، ص 228.

3 – سبق تخريجه، ص 101.

4 – انظر: ابن حجر، مرجع سابق، ج 9، ص 111.

5 – أخرجه مسلم في كتاب النّكاح، باب: استئذان البكر في نفسها، ج 2، ص 1037، ح.ر: 4121.

6 – أخرجه النسائي في كتاب النكاح، باب: استئذان البكر في نفسها، ج 6، ص 83، ح.ر: 3263. صححه الألباني. انظر: صحيح وضعيف سنن النسائي، مرجع سابق، ج 7، ص 334.

الثّاني: اعتبار أنّ اللّسان هو المعبر عمّا في القلب، والمعتبر في كلّ موضع يعتبر فيه الإذن إلاّ في أشياء قليلة يقام فيها السّكوت مقام الكلام العارض(1).

وهكذا، يتضح حرص الشريعة الغرّاء على ضرورة مشاورة المرأة المكلفة في أمر زواجها، بكرا كانت أو ثيبا، وفي هذا من التّكريم والتّشريف لها وإشعارها بكامل أهليّتها وحقّها في إبداء رأيها في أخصّ الأمور تعلّقا بحياتها ومستقبلها، ما لا يخفى.

وإذ تؤكّد الشّريعة السمحة هذا، فإنّها تحمي المرأة من مختلف صور الزّواج الذي لا يدفع إليه إلاّ استبداد الولي، أو طمعه وأنانيّته، وتعلن في وضوح، منذ ما يزيد عن أربع عشرة قرنا، أنّ رضا المرأة العاقلة البالغة، هو أساس انعقاد زواجها، وأنّ غياب رضاها فيه لسبب أو لآخر، يؤدي حتما إلى بطلان الزواج وإلغائه.

---

1 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 386.

الباب الثاني

رضا المكلفة في الزواج بين الإجبار والعضل[1]

لقد أقامت الشريعة الإسلامية عقد الزواج على أساس الرضا المتبادل بين الخاطب والمخطوبة، وذلك منذ الخطوة الأولى، الاختيار والانتقاء، وأحاطت رضا المكلفة، بوجه خاص، برعاية خاصة، وسياج منيع من الأحكام الشرعية الكفيلة بصدّ أي اعتداء على رضاها ومصادرة حقها في اختيار شريك حياتها.

وهذا ما اجتهدت في تأصيله وتوضيحه من خلال فصول البحث السابقة.

غير أن هذا الرضا في جانب المكلّفة، كثيرا ما تعترضه عوامل مختلفة، تضعفه تارة، وتصادره تمامًا تارة أخرى.

فتارة تزّوج المكلّفة بغير رضاها، بل دون محاولة استشفاف رأيها في الموضوع من قبل وليها، فتجد نفسها حبيسة عند شخص لا تحبه ولا ترضاه، بل قد تكرهه ولا تطيق معاشرته، وهذا ما يسمى عند الفقهاء الإجبار على الزواج.

وتارة أخرى، يعترض الولي على زواجها من خاطب كفءٍ، صاحب دين وخلق، ترضاه الفتاة وتميل إليه، فيمنعها من هذا الزواج، معطلاً بذلك مصلحتها فيه، وهذا ما اصطلح الفقهاء على تسميته العضل في الزواج.

وواضح أنّه في كلا الحالتين، يكون موقف الولي متعارض مع مبدأ رضا المكلّفة في عقد الزواج.

ولمعالجة هذين الموضوعيين، أفردت الفصل الأول للإجبار والفصل الثاني للعضل.

---

1 – لتوضيح نظرة الإسلام للمرأة وتمجيد إرادتها، وحماية حرية اختيارها، انظر: أبو شقة، عبد الحليم، تحرير المرأة في عصر الرسالة (دراسة جامعة لنصوص القرآن الكريم وصحيحي البخاري ومسلم)، دار القلم، الكويت، ط 4، 1995. والكتاب مطبوع في ستة أجزاء، خصص المؤلف الجزء الخامس منه لمكانة المرأة المسلمة في الأسرة.

الفصل الأول

الإجبار وأثره في رضا المكلّفة

يعتبر الإجبار من أقسى الممارسات وأشدّها أثرا في نفسية الفتاة المكلّفة في مجال الزواج، ذلك أنّ الإجبار لا ينفك عادة عن معاني القسر والقهر والإكراه، هذه المعاني التي تولد في نفس المكلفة الشعور بالإهانة وعدم الاعتبار، وكأنها بضاعة يبيعها الولي للخاطب الذي يقدم له مقابلا أغلى، دون أدنى التفات لمشاعرها. ثم إنّ لهذه الممارسة انتشارا واسعا في المجتمع وبصور مختلفة، لاسيما في المناطق الريفية والنائية، ولعل المؤسف في الموضوع أنّ عددا غير قليل من الأولياء الذين يمارسون سلطة الإجبار على مولياتهم، إنما يمارسونها باسم الإسلام وشريعته، ويجدون في بعض الآراء الفقهية ملاذاً وسَنَدًا يبرّرون به تحكمهم في مصائرهنّ وفي أخصّ أمورهن الشخصية ومشاعرهنّ القلبية. وكثيرا ما يكون مبرر الإجبار عندهم، سوء تقدير لمصلحة الفتاة وجهل بمقاصد الشريعة وأحكامها في الموضوع، ولكن في حالات أخرى يكون الدافع الحقيقي للإجبار عند الولي هو الطمع في متاع الدنيا الزائل في جانب الخاطب، كأن يكون غنيا أو صاحب سلطة...!!

ولبيان حقيقة الإجبار ومدى أثره في رضا المكلفة في الزواج، قسمت هذا الفصل إلى مبحثين اثنين، مفهوم الإجبار (المبحث الأول)، موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من إجبار المكلفة، وتقديرهما (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الإجبار

إنّ توضيح مفهوم الإجبار يقتضي التعرض لفكرتين متكاملتين:
تعريف الإجبار (المطلب الأول)، علة الإجبار ونطاقه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الإجبار

أعرّف الإجبار لغة (الفرع الأول)، ثم اصطلاحا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإجبار لغة

هو القهر والإكراه، يقال أجبر القاضي الرجل على الحكم، إذا أكرهه عليه[1]، يقال: أجبرته على كذا: حملته عليه قهرا وغلبة[2].

الفرع الثاني

الإجبار اصطلاحًا

ذكر الفقهاء للإجبار تعريفات كثيرة متقاربة أدقها فيما يظهر لي هو: « حمل الغير من ذي ولاية بطريق الإلزام على عمل تحقيقا لحكم الشرع »[3].

أما الإجبار على الزواج، فهو: « أن يباشر الولي العقد فيجب إنفاذه على المرأة سواء أكانت راضية أم غير راضية »[4]، أو « أن يباشر الولي العقد نافذا على المولى عليه دون الرجوع إليه لأخذ رأيه أو يتوقف النفاذ على رضاه »[5]، غير أنّ التعريف الذي يبدو جامعا مانعا، وبالتالي راجحا هو التعريف الذي ذكره الأستاذ "ابن حوى"، تضاف إليه عبارة « على الزواج » فيصير تعريف الإجبار على الزواج: « سلطة ثابتة شرعًا، بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليه على الزواج من غير موافقته ورضاه بسبب الصغر أو البكارة أو فقدان العقل »[6].

---

1 – انظر المرجعين السابقين: أ – ابن منظور، ج 3، ص 109.
ب – الفيروزآبادي، ص 386.

2 – الفيومي، أحمد بن محمد (ت 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ط.س)، ج 1، ص 90.

3 – حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 93.

4 – ابن الهمام، مرجع سابق، ج 2، ص 395.

5 – ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3، ص 55.

6 – نظرية الولاية في الزواج، مرجع سابق، ص 66.

ويتضح من هذا التعريف، أن للإجبار على الزواج أثرا مباشرا في رضا المكلفة البكر، فهو يأسر إرادتها أسرا، ويصادر بذلك حقها المشروع في اختيار شريك حياتها.

المطلب الثاني

علة الإجبار ونطاقه

إنّ ولاية الإجبار في الزواج ثابتة للولي عند جمهور الفقهاء كقاعدة عامة، غير أنهم اختلفوا في علة الإجبار ونطاقه، بين موسع ومضيق.

قال ابن رشد المالكي: « ... اختلفوا في موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر؟ فمن قال الصغر، قال: لا تجبر البكر البالغ، ومن قال البكارة قال: تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة، ومن قال: كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد، قال: تجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ، والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة، والثاني تعليل الشافعي، والثالث تعليل مالك... »[1].

وفيما يلي، بيان موجز لعلة الإجبار ونطاقه عند الحنفية والمالكية (الفرع الأول)، ثم عند الشافعية والحنابلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

علة الإجبار ونطاقه عند الحنفية والمالكية

أولا – عند الحنفية:

إنّ علة الإجبار عند الحنفية، الصِّغر والجنون، قال "الكاساني": « وأما ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا، كون المولى عليه صغيرا أو صغيرة، أو مجنونا كبيرا أو مجنونة كبيرة، سواء كانت الصغيرة بكرا أو ثيبا. فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على العاقلة البالغة »[2].

ولا عبرة بالبكارة والثيوبة عند الحنفية[3].

---

1 – ابن رشد، محمد بن أحمد (520 – 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط 6، 1982، ج 2، ص 6.

2 – بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 2، ص 241. انظر كذلك: ابن نجيم، مرجع سابق، ج 3، ص 127 – 128.

3 – حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 200.

وتثبت ولاية الإجبار عند الحنفية، للأب والجد اللذين عُرفا بحسن الاختيار ولم يشتهرا بالفسوق والعصيان، ثم لبقية العصبات وفق ترتيب في المذهب[1].

ثانيا – عند المالكية:

إن علة الإجبار عند المالكية، البكارة والصغر، قال "ابن جزيء": « ولاية الأب نوعان: جبر وإذن، فالجبر للبكر وإن كانت بالغا، وللصغيرة وإن كانت ثيبًا، ويستحب استئمارها، فالجبر يقع بإحدى العلتين »[2].

ولا تثبت ولاية إجبار البكر العاقلة البالغة، عند المالكية، إلا للأب أو وصيه إن أمره بذلك صراحة[3]. أما في غيرها، فتثبت لغيرهما من الأولياء وفق ترتيب في المذهب [4].

الفرع الثاني

علة الإجبار ونطاقه عند الشافعية والحنابلة

أولا – عند الشافعية:

يتضح من مصادر الفقه الشافعي، أن علة الإجبار عندهم ثلاثة أمور: البكارة في الأنثى، والصغر في الغلام، والجنون في المجنون والمجنونة.

قال "الشربيني": « وللأب ولاية الإجبار، وهي تزويج ابنته البكر صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة، بغير إذنها... وليس له تزويج ثيب بالغة وإن عادت بكارتها، ... فإن كانت تلك الثيب صغيرة غير مجنونة وغير أمة لم تزوج سواءً احتملت الوطء أم لا، حتى تبلغ »[5].

---

1 – انظر: البرهانبوري، مرجع سابق، ج 1، ص 283.

2 – ابن جزيء، محمد بن أحمد (693 – 741هـ)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، دار القلم، بيروت (د.ط.س)، ص 133.

3 – غير أنّ سلطة الوصي مقيدة: « ولا يجبر الوصي إلا إذا بذل الزوج مهر المثل ولم يكن فاسقا، فليس هو كالأب من كل وجه ». انظر: الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 18.

4 – انظر: عليش، مرجع سابق، ج 3، ص 274.

5 – انظر: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 149.

وتثبت ولاية الإجبار عند الشافعية، للأب، والجد، أبو الأب وإن علا عند عدمه أو عدم أهليته، وكذا وكيليهما[1].

ثانيا – عند الحنابلة:

يستفاد من مصادر الفقه الحنبلي، أن علة الإجبار عندهم، الصغر والجنون والبكارة، جاء في "كشاف القناع": « للأب خاصة تزويج بنيه الصغار وبنيه المجانين، ولو كان بنوه المجانين بالغين لأنه لا قول لهم... وللأب تزويج بناته الأبكار ولو بعد البلوغ. وللأب أيضا تزويج ثيب لها دون تسع سنين، بغير إذنهم، وليس ذلك للجد، لعموم الأحاديث، ولأنه قاصر عن الأب، فلم يملك الإجبار كالعمّ »[2].

وتثبت ولاية الإجبار عند الحنابلة، للأب ووصيه إن عين له الزوج، ولوكيليهما[3].

المبحث الثاني

مدى جواز إجبار المكلفة على الزواج

إن أهم ما يمكن استنتاجه من تحديد علة الإجبار ونطاقه بخصوص المكلفة، نتيجتان:

الأولى: اتفاق الفقهاء في عدم جواز إجبار المكلفة الثيب.

الثانية: اختلاف الفقهاء في إجبار المكلفة البكر.

ونظرا لأهمية مسألة إجبار المكلفة، أي المرأة العاقلة البالغة، باعتبارها الفكرة الجوهرية التي يعالجها موضوع هذا البحث، فقد خصَّصت لها المبحث الثاني والذي قسّمته إلى ثلاثة مطالب. إجبار المكلفة الثيب (المطلب الأول)، إجبار المكلفة البكر (المطلب الثاني)، موقف قانون الأسرة الجزائري وتقديره (المطلب الثالث).

---

1 – انظر: الرَّملي، مرجع سابق، ج 6، ص 229 وص 230.

2 – البهوتي، مرجع سابق، ج 5، ص 42 وص 43.

3 – انظر: ابن مفلح، مرجع سابق، ج 7، ص 37.

المطلب الأول

إجبار المكلفة الثيب

أجمع فقهاء المذاهب الأربعة وغير الأربعة على عدم جواز إجبار المرأة الثيب العاقلة البالغة على الزواج، ولم يخالف فيها إلا رأي فقهي شاذ ومهجور.

أعالج هذه المسألة من خلال فرعيين: موقف الفقه الإسلامي من إجبار المكلفة البكر (الفرع الأول)، أهم الأدلة التي استند إليها الفقهاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي من إجبار المكلفة الثيب

أتعرض لبيان دعوى الإجماع في المسألة (أولا)، ثم موقف المذاهب الفقهية الأربعة (ثانيا).

أولا – دعوى الإجماع في المسألة:

جاء في المغني: « ... وجملة ذلك أن الثيب تنقسم قسمين، كبيرة وصغيرة. فأما الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا "الحسن" (البصري)، قال: له تزويجها وإن كرهت. و"النّخعي" (إبراهيم)، قال: يزوج بنته إذا كانت في عياله، فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها، استأمرها. قال "إسماعيل بن إسحاق": لا أعلم أحدا قال في البنت بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنّة الثابتة... »[1].

وقال "ابن المنذر"[2]: « أجمعوا أن نكاح الأب ابنته الثيب بغير رضاها لا يجوز».

وقال "ابن تيمية": « أما البالغ الثيب فلا يجوز تزويجها بغير إذنها، لا للأب ولا لغيره بإجماع المسلمين »[3].

---

1 – ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 385.

2 – انظر: ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإجماع، (د.ن.ب.ط.س)، ص 21.

3 – انظر: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج 16، ص 248.

ثانيا – موقف المذاهب الفقهية الأربعة[1]:

1 – الحنفية: قال "السرخسي": « نكاح الأب الثيب (العاقلة البالغة) لا ينعقد بدون رضاها، وهو مجمع عليه »[2]، وقال "الكاساني": « ولا خلاف في أنهما (الأب والجد) لا يملكان إنكاح الثيب البالغة بغير رضاها »[3].

2 – المالكية: جاء في المدونة الكبرى: « عن أبي الزّناد، عن السبعة[4] أنهم كانوا يقولون: الرجل أحق بإنكاح البكر بغير أمرها، وإن كانت ثيبا فلا جواز لأبيها في إنكاحها إلا بإذنها »[5].

وقال الشيخ "زروق": « ولا يزوج الثيب أب ولا غيره إلا برضاها، وتأذن بالقول »[6].

3 – الشافعية: جاء في حاشيتي "قليوبي وعميرة": « وليس له (الأب) تزويج ثيب إلا بإذنها، فإن كانت صغيرة لم تزوج حتى تبلغ »[7].

وقال "الرّملي": « وليس له تزويج ثيب عاقلة وإن عادت بكارتها، ولو كان لها فرجان أصليان فوطأت في أحدهما وزالت بكارتها صارت ثيبا... » [8].

4 – الحنابلة: جاء في كتاب "الإنصاف": « الثيب البالغة العاقلة ليس له (الأب) إجبارها بلا نزاع »[9]، وجاء في "المغني": « وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها، فالنكاح

---

1 – وافق الظاهرية والإباضية موقف جماهير الفقهاء في عدم جواز إجبار المكلفة الثيب. انظر المرجعين السابقين:
أ – ابن حزم، ج 9، ص 459.
ب – أطفيّش، ج 6، ص 123.

2 – انظر: المبسوط، مرجع سابق، ج 5، ص 9.

3 – انظر: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 2، ص 241.

4 – هم فقهاء المدينة السبعة وهم: « سعيد بن المسيب – القاسم بن محمد – أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام – عروة بن الزبير – خارجة بن زيد بن ثابت – عبد الله بن عبد الله بن عتبة بن عبد الله بن مسعود – سليمان بن يسار. مع مشيخة سواهم من نظرائهم أهل فقه وفضل ». انظر: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 2، ص 278.

5 – ابن أنس، مرجع سابق، ج 2، ص 278.

6 – زروق، أحمد بن محمد (846 – 899هـ)، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1982، ج 2، ص 30.

7 – انظر: قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج 3، ص 224.

8 – انظر: نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 6، ص 230.

9 – المرداوي، مرجع سابق، ج 8، ص 44.

باطل وإن رضيت بعد »[1]. وجاء في مسائل الإمام أحمد: « قلت: الثيب لا بدّ من أن يستأمرها فإن زوجها أبوها وهي كارهة يرد النكاح؟ قال (أحمد): نعم »[2].

الفرع الثاني

أدلة الفقهاء على عدم جواز إجبار المكلفة الثيب

استدل جماهير الفقهاء على هذه المسألة، بالسنة النبوية، وبالمعقول.

أولا – السنة النبوية:

وأهم ما استدلوا به من السنة ما يلي:

1 – عن أبي هريرة، ﷺ، أنّ النبي ﷺ قال: « **لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت** »[3].

2 – عن ابن عباس ﷺ، أنّ النبي ﷺ قال: « **الأيم أحق بنفسها من وليّها** »[4].

3 – عن ابن عباس، ﷺ، عن النبي ﷺ، أنّه قال: « **ليس للولي مع الثيب أمر** »[5].

4 – حديث الخنساء بنت خذام الأنصارية أنّ أباها زوّجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، **فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحها**[6].

قال ابن عبد البّر معلقا على هذا الحديث،: « هذا حديث مجمع على صحته والقول به لا نعلم مخالفا له إلا "الحسن"، وكانت الخنساء من أهل قباء وكانت تحت أنيس بن قتادة، فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف، فكرهته وشَكَتْ ذلك إلى رسول الله ﷺ فردّ نكاحها، ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر »[7].

---

1 – ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 385.

2 – انظر: المروزي، إسحاق بن منصور (ت 251هـ)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط 1، 2002، ج 4، ص 1470.

3 – سبق تخريجه، ص 101.

4 – حديث صحيح، سبق تخريجه، ص 117.

5 – أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب: في الثيب، ج 2، ص 239، ح.ر: 2100. وصححه الألباني. انظر: صحيح أبي داود، مرجع سابق، ج 6، ص 332.

6 – أخرجه البخاري في كتاب الإكراه، باب لا يجوز نكاح المكره، ج 12، ص 386، ح.ر: 6945.

7 – المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 385.

إنّ وجه الاستدلال بهذه الأحاديث، برواياتها المختلفة، أنها نصوص صحيحة وصريحة في أن المرأة متى تثيبت وهي عاقلة بالغة لم يجُزْ لأحد إجبارها على الزواج، ولو كان الولي هو الأب.

ثانيا – المعقول:

أما استدلال جماهير الفقهاء على عدم جواز إجبار المكلفة التثبت بالمعقول، فيتضح من قولهم:

أ – إن الثيب العاقلة البالغة الرشيدة عالمة بالمقصود من النكاح ومختبرة فلم يجز إجبارها عليه[1].

ب – إنّ الثيب أحق بنفسها من وليها. ولفظة "أحق" الواردة في الحديث الشريف، تعني أن للثيب في نفسها حقًّا في النكاح، وأن لوليها حقا فيه كذلك، لكن حقها أوكد من حقه. وبناء على ذلك، فلو أراد وليها تزويجها بكفء وكرهته، لم تُجبر عليه، بخلاف لو أرادت هي أن تتزوج بكفء وامتنع الولي، فإنه يجبر على تزويجها إياه، فإن أصر على موقفه زوجها القاضي[2].

المطلب الثاني

إجبار المكلفة البكر

إنّ المكلفة البكر، هي المرأة العاقلة البالغة التي لم تزل بكارتها حقيقة أو حكمًا.

وقد اختلف الفقهاء في مدى ثبوت ولاية الإجبار عليها، وانقسموا بشأن ذلك إلى فريقين، ذهب الفريق الأول إلى القول بعدم جواز إجبارها على الزواج، في حين ذهب الفريق الثاني إلى القول بجواز إجبارها عليه، واستدل كل فريق لقوله ومذهبه بأدلة من النص ومن المعقول.

ولدراسة هذه المسألة، قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

1 – ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج 16، ص 248.

2 – انظر: فرحات، مرجع سابق، ص 6.

موقف الفقهاء من إجبار المكلفة البكر (الفرع الأول)، أهم ما استدل به كل فريق من النص ومن المعقول (الفرع الثاني)، مناقشة الأدلة وبيان الرأي الراجح في الموضوع (الفرع الثالث).

الفرع الأول

موقف الفقهاء من إجبار المكلفة البكر على الزواج

اتفق الفقهاء على أنه يستحب للولي المجبر، أبًا كان أو غيره، أن يستأذن المكلفة البكر في أمر زواجها، غير أنهم اختلفوا في الطبيعة الفقهية لهذا الاستئذان، حيث ذهب فريق إلى اعتبار رأي المستأذنة إلزاميا للولي، في حين ذهب الفريق الآخر إلى اعتبار رأيها مجرد رأي استئناسي، لا يراد به إلا تطييب خاطرها[1].

ومن هذا المنطلق، انقسم الفقهاء بشأن إجبار المكلفة البكر إلى اتجاهين.

- الاتجاه الأول:

ذهب فيه أصحابه إلى القول بأنه: لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر البكر البالغة العاقلة على الزواج.

وهذا مذهب الحنفية (1) ورواية عن الإمام أحمد (2)[2].

أولا – المذهب الحنفي:

جاء في "العناية شرح الهداية": « ينعقد نكاح الحرّة العاقلة البالغة برضاها... ووجه الجواز (أن تزوج نفسها بغير ولي) أنها تصرّفت في خالص حقّها، وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج »[3].

---

1 – انظر المرجعين السابقين: أ – الشافعي، ج 8، ص 628،

ب – ابن قدامة، ج 7، ص 385.

2 – وهو كذلك مذهب الظاهرية والإباضية. انظر المرجعين السابقين: أ – ابن حزم، ج 9، ص 459.

ب – اطفيّش، ج 6، ص 122.

وبه قال أبو بكر والأوزاعي، والثوري، وأبو عبيد، وأبي ثور، وابن المنذر. انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 383.

3 – المرغيناني، مرجع سابق، ج 1، ص 196.

وجاء في المبسوط: «ولا تجبر البالغة البكر على النكاح لانقطاع الولاية بالبلوغ»[1].

وفي بدائع الصنائع: « ... وعلى هذا ينبني أن الأب والجدّ لا يملكان إنكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا »[2].

إن موقف المذهب الحنفي، من خلال هذه النقول، موقف واضح وحاسم، لا يحتاج إلى أي تعليق: متى كانت الفتاة عاقلة بالغة، ثيبا كانت أو بكرا، فلا يجوز لأحد الأقدام على تزويجها بغير إذنها ورضاها.

ثانيا – المذهب الحنبلي:

لقد صرحت مصادر المذهب الحنبلي بوجود روايتين عن الإمام أحمد:

قال "المرداوي": « المسألة الخامسة: البكر البالغة، له (الأب) إجبارها أيضًا على الصحيح في المذهب مطلقا، وعليه جماهير الأصحاب... قال في الإفصاح: هذا أظهر الروايتين »[3].

وسئل شيخ الإسلام، ابن تيمية، رحمه الله تعالى عن إجبار الأب لابنته البكر البالغ على النكاح، هل يجوز أم لا؟ فأجاب: « وأما إجبار الأب لابنته البكر البالغة على النكاح ففيه قولان مشهوران هما روايتان عن أحمد... والثاني: لا يجبرها؛ كمذهب أبي حنيفة وغيره، وهو اختيار أبي بكر عبد العزيز بن جعفر... »[4].

– الاتجاه الثاني:

قال أصحاب هذا الاتجاه: يجوز للأب إجبار المكلفة البكر على الزواج بغير رضاها.

وهذا مذهب المالكية والشافعية، وأحمد في إحدى الروايتين عنه[5].

---

1 – السرخسي، مرجع سابق، ج 3، ص 58 و59.

2 – الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 241.

3 – الإنصاف، مرجع سابق، ج 8، ص 42. انظر كذلك: الزركشي، مرجع سابق، ج 2، ص 341.

4 – مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج 16، ص 238.

5 – وهو كذلك مذهب ابن أبي ليلى، وإسحاق، والليث.

انظر المراجع السابقة: أ – ابن قدامة، ج 3، ص 379.

ب – ابن حجر، ج 9، ص 112.

جـ – الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، ص 143 وص 144.

أولا – المذهب المالكي:

يعتبر مذهب المالكية، أكثر المذاهب تفصيلا في مسألة إجبار المكلفة البكر. ولتوضيح هذه المسألة، أتناولها من خلال الفقرات الآتية: موقف المذهب المبدئي من إجبار المكلفة البكر (1)، إجبار العانس (2)، إجبار المُرَشَّدَة (3)، مدى جواز إجبار المكلفة البكر على الزواج من ذي عاهة تتضرر من معاشرته (4)، ثم خلاصة لموقف المذهب في المسألة (5).

1 – موقف المذهب المبدئي:

جاء في شرح "الرسالة": « وللأب إنكاح ابنته البكر وإن بلغت، بغير إذنها »[1] وجاء في "المُنتقى": « وقالوا عن مالك أنه بلغه أن القاسم (بن محمد) وسالم (بن عبد الله) وسليمان بن يسار كانوا يقولون في البكر يزوجها أبوها بغير إذنها أن ذلك لازم لها »[2].

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: « وله (الأب الرشيد) الجبر ولو لأعمى أو اقل مالا أو مآلا منها، أو قبيح منظر، أو بربع دينار ولو كان مهر مثلها قنطارا، وليس ذلك لغيره، كوصي »[3].

2 – إجبار العانس:

البكر العانس: « هي التي طالت إقامتها عند أبيها وعرفت مصالح نفسها قبل الزواج ولو بلغت ستين سنة أو أكثر »[4].

ولقد نقل "الباجي" الخلاف الواقع في المذهب بشأن العانس. قال: « وأما الضرب الثالث، وهو المعنَّس، فاختلف قول "مالك" في إجبارها، فروى ابن وهب عنه أنها إذا عنست لم يزوجها إلا برضاها. وروى محمد (بن المواز) عنه أن له أن يجبرها وإن عنست وبلغت أكثر من أربعين سنة. وجه الأول أنها قد بلغت سناً لا تبلغه غالبا إلا من عرفت مصالحها مع السلامة، فكانت كالثيب، ووجه الرواية الثانية أنها بكر فلزمها

---

1 – زروق، مرجع سابق، ج 2، ص 28.

2 – الباجي، مرجع سابق، ج 3، ص 258.

3 – الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 16.

4 – المرجع نفسه والصفحة نفسها.

إجبار الأب كالتي لم تعنّس »[1].

والمشهور عند المالكية، جبر المعنَّسة. جاء في "مِـنَح الجليـل": « وجبـر الأب الرشيد بنته البكر التي لم تُزل بكارتها إن لم تكن عانسا، بل ولـو كانـت عانـسا، أي مقيمة عند أبيها بعد بلوغها مدة طويلة عرفت فيها مصالح نفسها قبل خطبتهـا. وهـل سنّها ثلاثون سنة، أو ثلاث وثلاثـون أو خمـس وثلاثـون، أو أربعـون، أو خمـس وأربعون، أو منها إلى الستين؟ أقوال »[2].

« وأنت تعلم أن وجود دليل شرعي على مثل هذا التحديد متعذر »[3].

3 – المُرَشّدة:

أما بخصوص البكر العاقلة المرشّدة، وهي « التي رشّدها أبوها بقوله لها بحضرة عدلين: رشدتك، ورفعت الحجر عنك، أو أنت مرشّدة، أو أطلقتُ يدك في التصرف أو نحو ذلك، بعد ثبوت رشدها عنده بالتجربة المتكررة وهي بالغة »[4].

قال "الخرشي": « فالمشهور أن البكر إذا رشدها أبوها لا جبر له عليها بعد ذلـك ولا لغيره، وصار حكمها حكم الثيب البالغة، وانقطع حجره عنها فإذا زوجها فلا بدّ من نطقها »[5].

4 – إجبار المكلفة البكر على الزواج من ذي عاهة تتضرر بمعاشرته:

لقد نصّت مصادر الفقه المالكي، صراحة، على أنه ليس للأب إجبار البكر العاقلة البالغة على الزواج من ذي عاهة تتضرر منه.

---

1 – المنتقى، مرجع سابق، ج 3، ص 272 و273.

2 – علّيش، مرجع سابق، ج 3، ص 273.

3 – الغروي، قاسم بن عيسى (ت 877هـ)، شرح على متن الرسالة، مطبوع على هامش شـرح الـشيخ زروق، مرجع سابق، ج 2، ص 29.

4 – عليش، مرجع سابق، ج 3، ص 273.

5 – شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 3، ص 177. وانظر كذلك المرجعين السابقين:
أ – زروق والغروي، ج 2، ص 28.
ب – الدسوقي، ج 3، ص 17.

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: « ... إلاّ لذي عاهة كخصي مقطوع ذكر، أو أنثيين قائم الذكر حيث كان لا يمني، فلا يجبرها على الأصح. أما إذا كان يمني فله جبرها على نكاحه، أي لأنها تلتذُ بنزول المني منه. ودخل تحت الكاف المجنون والمُبرَصُ والمُجذَمُ أو العِنِّين والمجبُوب والمعترض »[1].

وقال "الباجي": « ولا يلزمها أن يزوجها الأب من مجنون يخاف عليها منه ولا من أبرص منسلخ ولا مجذوم مقطع قد منع الكلام وتغيرت رائحته. قاله "ابن حبيب". وقال "سحنون": إن كان به ضرر في بدنه لم يلزمها، ووجه ذلك ما فيه من الإضرار بها. وليس له ذلك وأنه يلزمه أن يحسن النظر لها. ولو زوجها من سكيّر فاسق لا يؤمن عليها لم يجز، وللإمام ردّه، قاله "أصبغ" »[2].

5 – خلاصة موقف المذهب المالكي من إجبار المكلّفة البكر:

يتضح من خلال تتبع النصوص المنقولة من المصادر المعتمدة للمذهب، أن فقهاء المالكية اتفقوا في جواز إجبار الأب لابنته البكر العاقلة البالغة، وذلك بشرطين:

أ – ألا تكون مُرشّدة.

ب – ولا يزوجها من ذي عاهة تتضرر بمعاشرته.

فهذا هو المجال المتفق فيه عند المالكية.

ووقع الخلاف بينهم بشأن العانس على روايتين عن الإمام مالك كما سبق البيان.

ويلاحظ من خلال هذه الخلاصة، انحصار سلطة الولي (الأب) في إجبار المكلفة البكر عند المالكية وانكماشها، وهذا خلافا لما توحي إليه المراجع العامة التي تعرض المذهب المالكي وكأنه يعطي الوليّ سلطة مطلقة في تزويجها دون أدنى التفات إلى مصلحتها[3].

---

1 – الدسوقي، المرجع السابق، ص 16 وص 17.

2 – المنتقى، مرجع سابق، ج 3، ص 274.

3 – عثرت على إشارة إلى رأي، داخل المذهب، مخالف لموقف المالكية المبدئي في المسألة. قال الغروي: « إذا بلغت البكر يجبرها الأب على المشهور. ومال الشيخ "أبو الحسن اللّخمي" إلى عدم جبرها لحديث « البكر يستأذنها أبوها »، ونحوه لابن الهندي، وأفتى به الشيخ أبو القاسم السوري فيما ذكر بعض من جمع فتاوى جماعة من الإفريقيين ». انظر: زروق، مرجع سابق، ج 1، ص 28.

ثانيا – المذهب الشافعي:

إنّ مصادر الفقه الشافعي، بدورها، قد نصت صراحة على حق الأب في إجبار موليته المكلفة البكر على الزواج؛ وذلك بدون إذنها.

جاء في "مغني المحتاج": « وللأب ولاية الإجبار، وهي تزويج ابنته البكر صغيرة أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة، بغير إذنها... »[1].

جاء في "الحاوي": « وأما البكر الكبيرة فللأب، أو للجد عند فقد الأب، أن يزوّجها جبرا كالصغيرة... »[2].

غير أن الشافعية وضعوا شروطا لجواز إجبار المكلفة البكر على الزواج.

قال "الشربيني": «تنبيه: لتزويج الأب (البكر العاقلة البالغة) بغير إذنها شروط... »[3].

قسّم الشافعية هذه الشروط قسمين[4]:

القسم الأوّل: شروط لصحة النكاح بغير إذن، وهي:

الشرط الأول: ألا يكون بينها وبين وليها أو زوجها عداوة ظاهرة.

الشرط الثاني: أن يزوجها الأب من كفء، فلو زوجها من غير كفء لم يجز النكاح لأن في ذلك نقصا عليها.

الشرط الثالث: أن يكون الصداق صداق مثلها، ومن نقد البلد، وألا يكون الزوج معسرا بحالّه.

القسم الثاني: شروط لجواز الإقدام على الإجبار، وهي شرطان:

الشرط الأول: ألا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته، كأعمى وشيخ هرم، أو أجذم،

---

1 – الشربيني، مرجع سابق، ج 3، ص 149.

2 – ابن حبيب، علي بن محمد (364 – 450هـ)، الحاوي في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية، (د.ب)، ط 1، 1994، ج 9، ص 52. وانظر كذلك: الشافعي، مرجع سابق، ج 5، ص 19.

3 – مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 149.

4 – انظر المراجع السابقة: أ – الشربيني، ج 3، ص 149.

ب – الرملي، ج 6، ص 229.

جـ – الشافعي، ج 5، ص 20.

أو أبرص، أو مجنونا، أو خصيّا مجبوبا أو غير مجبوب، لم يجز عليها لأنها لو كانت بالغا كان لها الخيار.

الشرط الثاني: ألا يكون قد وجب عليها الحج، لأن الزوج قد يمنعها لكون الحج على التراخي ولها غرض في براءة ذمتها.

وهكذا يتضح مما سبق، أنّ سلطة الأب في إجبار المكلّفة البكر عند الشافعية مشروطة بعدم الإضرار بها. وهذا في حدّ ذاته تضييق من دائرة إجبار المكلّفة البكر.

ثالثا – المذهب الحنبلي:

إنّ المذهب الحنبلي، كسابقيه، المالكي والشافعي، يؤكد من خلال الرواية الثانية عن الإمام أحمد، حق الأب في إجبار المكلفة البكر على الزواج.

جاء في "المغني": « البكر البالغة العاقلة، فعن أحمد روايتان، إحداهما: له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة. وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى، والشافعي، وإسحاق »[1].

وجاء في "الإنصاف": « المسألة الخامسة: البكر البالغة، له (الأب) إجبارها أيضا على الصحيح من المذهب مطلقا، وعليه جماهير الأصحاب... »[2].

وصرح بعض فقهاء المذهب الحنبلي بوجود شروط للإجبار هي:

الشرط الأول: أن يزوجها من كفء، فلو زوجها من غير كفء فنكاحها باطل، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، وأحد قولي الشافعي... « وعلى كلتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كفء، ولا من معيب لأن الله تعالى أقامه مقامها، ناظر لها فيما فيه الحظ، ومتصرفا لها لعجزها عن التصرف في نفسها، فلا يجوز له فعل ما لاحظ لها فيه، كما في مالها، ولأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لاحظ فيه، ففي نفسها أولى »[3].

---

1 – انظر المرجعين السابقين: أ – ابن قدامة، ج 7، ص 379.

ب – المروزي، ج 4، ص 1470.

2 – المرداوي، مرجع سابق، ج 8، ص 57.

3 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 379.

وقال "المرداوي": « إن أرادت الجارية رجلا وأراد الولي غيره، اتبع هواها، وجزم به في المغني... »[1].

وأضاف "البهوتي": « فإن امتنع المجبر من تزويج من عينته بنت تسع سنين فأكثر، فهو عاضل سقطت ولايته، ويفسّق به إن تكرّر... »[2].

الشرط الثاني: ألا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة[3].

الشرط الثالث: أن يكون المهر مهر المثل، ومن نقد البلد، وألا يكون الزوج معسرا به (بالمهر) [4].

وأخلص من كلام فقهاء المذهب الحنبلي إلى ما خلصت إليه بالنسبة للمذهبين المالكي والشافعي، إلى أن سلطة الولي في إجبار المكلّفة البكر سلطة غير مطلقة، وإنما هي منوطة بتحقيق مصلحة المولّى عليها وعدم الإضرار بها.

الفرع الثاني

أهم ما استدل به كل اتجاه

بعد عرض اتجاه الأحناف ومن ذهب مذهبهم في رفض إجبار المكلفة البكر على الزواج، واتجاه جمهور الفقهاء الذي يجيز للأب إجبار المكلفة البكر على الزواج بشروط معينة، أنتقل الآن لعرض أهم الأدلة التي استند إليها كلّ من الاتجاهين على النحو الآتي:

أدلة الأحناف ومن معهم، كما جاءت في مصادرهم المعتمدة، مع ذكر اعتراضات الجمهور ورد الأحناف عليها (أولا).

ثم أدلة جمهور الفقهاء، كما جاءت في مصادرهم المعتمدة كذلك، مع ذكر اعتراضات المخالفين ورد الجمهور عليها (ثانيا).

---

1 – الإنصاف، مرجع سابق، ج 8، ص 58.

2 – كشّاف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 45.

3 – انظر: البهوتي، مرجع سابق، ج 5، ص 44.

4 – المرجع نفسه والصفحة نفسها.

أولا – أهم أدلة الاتجاه الرافض لإجبار المكلّفة البكر على الزواج[1]:

استدل الأحناف، ومن معهم، على عدم جواز إجبار المكلّفة البكر على الـزواج، بالسنة النبوية (1)، وبالمعقول (2).

1 – السنة النبوية:

استدلوا بمجموعة من الأحاديث، أهمها ما يلي:

أ – عن أبي هريرة ﷺ، أن النبي ﷺ قال: « **لا تنكح الأيّم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت** »[2].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث، أنه لا فائدة منه (الحديث) إلا بالعمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من استئذانها أن تُخالف. فإيجاب استئذانها صريح في نفي إجبارها[3].

ب – عن ابن عباس، ﷺ « **أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيّرها النبي ﷺ** »[4].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي ﷺ خيّر البكر وجعل أمر نكاحها بيدها، وهذا نفي صريح للإجبار.

---

1 – انظر المراجع السابقة: أ – ابن قدامة، ج 7، ص 379.

ب – السرخسي، ج 5، ص 2 و3.

جـ – ابن الهمام، ج 3، ص 361 و363.

د – المرغيناني، ج 1، ص 196.

2 – حديث متفق عليه، سبق تخريجه، ص 101.

3 – ابن الهمام، مرجع سابق، ج 3، ص 263.

4 – أخرجه أبو داود وابن ماجة، في كتاب النكاح، الأول في باب: البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، ج 2، ص 238، ح.ر: 2096، والثاني في باب: من زوج ابنته وهي كارهة، ج 1، ص 603، ح.ر: 1875. قال ابن حجر، (بتصرف يسير): « رجاله ثقات وأُعلّ بالإرسال. وروي موصولا، وإذا اختلف في وصل الحديث وإرساله حُكم لمن وصله على طريقة الفقهاء » انظر: تلخيص الحبير، مرجع سابق، ج 4، ص 283 وقال الألباني: « حديث صحيح، وكذلك قال ابن القطان وقواه ابن القيم والعسقلاني » انظر: صحيح أبي داود، مرجع سابق، ج 6، ص 330.

اعتراض الجمهور:

اعترض جمهور الفقهاء على استدلال الأحناف بهذا الحديث من وجهين:

الوجه الأول: قالوا: إنّ هذا الحديث مرسل، والحديث المرسل ليس بحجة(1).

أجاب الأحناف بأن الحديث روي موصولا، ومن المعلوم أنه إذا اختلف في وصل الحديث وإرساله فالحكم لمن وصله(2).

الوجه الثاني: قالوا: إذا ثبت حديث البكر، فهو محمول على أن أباها كان زوّجها من غير كفء، قال ذلك "البيهقي" مقويا رأي "الشافعي". وقال "ابن حجر" بعد أن ذكر كلام "البيهقي": « وهذا الجواب هو المعتمد فإنّه واقعة عين. فلا يثبت الحكم فيها تعميما »(3).

وأجاب الأحناف بقولهم: إنّ تأويل "البيهقي" لا دليل يدلّ عليه، ولو كان كما قال لذكرته المرأة، لكنها قالت بأن أباها زوّجها وهي "كارهة". وكذلك القول بأنها واقعة عين، فلا دليل عليه، إنما هو حكم عام لعموم علته، فكلّما وجدت الكراهة ثبت الحكم(4).

جـ – عن عائشة، رضى الله عنها، « أن فتاة دخلت عليها فقالت: إنّ أبي زوّجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة، قالت: اجلسي حتى يأتي النبي ﷺ، **فجاء رسول الله ﷺ، فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها. فقالت: يا رسول الله قد أجزتُ ما صنع أبي ولكن أردتُ أن أعلم أللنساء من الأمر شيء »**(5).

---

1 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 379 وما بعدها.

2 – انظر: الصنعاني، مرجع سابق، ج 3، ص 995. ولتوضيح موقف العلماء من الاستدلال بالحديث المرسل، انظر: أ – الغزالي، مرجع سابق، ج 1، ص 318.

ب – ابن الصلاح؛ عثمان بن عبد الرحمن (557 – 643هـ)، مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث، تعليق الدكتور: مصطفى ديب البُغا، دار الهدى، الجزائر، (د.ط.س)، ص 31 إلى 33.

جـ – عوامة، محمد، أثر الحديث الشريف في اختلاف الأئمة الفقهاء رضي الله عنهم، دار السلام، القاهرة، ط 2، 1987، ص 22 و23.

3 – انظر: ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج 9، ص 116.

4 – انظر: الصنعاني، مرجع سابق، ج 3، ص 996.

5 – أخرجه النسائي في كتاب النكاح، باب: البكر يزوّجها أبوها وهي كارهة، ج 6، ص 86، ح.ر: 3269. قال الألباني: ضعيف شاذ. انظر: صحيح وضعيف سنن النسائي، مرجع سابق، ج 4، ص 374. انظر: اختلاف روايات الحديث وكلام العلماء فيه عند: أبو النور، الأحمدي محمد، منهج السنة في الزواج، دار السلام، القاهرة، ط 3، 1988، ص 121.

وفي وجه الاستدلال بهذا الحديث، قال "السرخسي": « لم ينكر عليهـا رسـول الله، صلى الله عليه وسلّم، مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيّب، فدلّ أن الحكم لا يختلف »[1].

د – عن ابن عباس ﷺ، « **أن رسول الله، ﷺ ردّ نكاح بكر وثيب أنكحهما أبوهما وهما كارهتان، فردّ النبي ﷺ نكاحهما** »[2].

ودلالة الحديث ظاهرة واضحة، فإنّ النبي ﷺ لم يفرّق بين البكر والثيب في عـدم إجازة نكاحهما وهما مكرهتان، أي مجبرتان.

هـ – ما روى عن « "**خنساء بنت خِدام**" **الأنصارية، أن أباها زوّجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فردّ نكاحها** »[3].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي ﷺ ردّ نكاح والد خنساء ليس لكونها ثيّبـا، وإنما لسبب كراهيتها "للعوفي" ورغبتها في "أبي لُبابَة"[4].

2 – الاستدلال بالمعقول[5]:

ومن باب الاستدلال بالمعقول، قال الأحناف:

أ – إنّ المرأة العاقلة البالغة لها مطلق الحرية في التصرف في مالها، لا يجـوز لأحد التصرف في جزء منه إلا برضاها. ومعلوم أن نفس الإنسان أغلى من كـل مـا

---

1 – المبسوط، مرجع سابق، ج 5، ص 3.

2 – أخرجه البيهقي في كتاب النكاح، باب: ما جاء في إنكـاح الآبـاء الأبكـار، ج 7، ص 117، ح.ر: 13449. والدارقطني في كتاب النكاح، ج 3، ص 234، ح.ر: 53. قال فيه الحافظ ابن حجر « وأما الطعن في الحديث فلا معنى له، فإنّ طرقه يُقوّى بعضها ببعض » انظر: فتح الباري، مرجع سابق، ج 9، ص 116.

3 – حديث صحيح، سبق تخريجه، ص 127.

4 – وقصة خنساء، هذه، ذُكرت تفاصيلها في عدة روايات. فعند الدارقطني، في كتـاب النكـاح، ج 3، ص 231، ح.ر: 42: « إنّ الخنساء كانت أيّما من رجل فزوّجها أبوها رجلا من بني عوف، فحنّت إلى أبي لبابة بن المنذر، فـارتفع شأنها إلى رسول الله ﷺ، فأمر رسول الله ﷺ أباها أن يلحقها بهواها فتزوجت أبا لبابة ». وعند الإمام أحمد، في باب: حديث الخنساء بنت خذام، ج 44، ص 373، ح.ر: 26790: « هي أولى بأمرها ألحقوها بهواها. قال: فانتزعت من العوفي وتزوجت أبا لبابة... ». انظر تفاصيل هذه الروايات عند: أبو النور، مرجع سابق، ص 123.

5 – انظر المراجع السابقة: أ – السرخسي، ج 5، ص 10.
ب – ابن الهمام، ج 3، ص 263.
جـ – المرغيناني، ج 1، ص 196.
د – ابن عابدين، ج 3، ص 56 إلى 59.

يملكه من مال. فكيف يُعقل أن يُمنع الأب شرعا من التصرف في مال ابنته في حين يجوز له أن يزفها كرها إلى أبغض الناس إليها فتكون أسيرة عنده كالرقيق؟ إن ذهاب كل مالها أهون عليها من هذا. فهذا مما تنبو عنه قواعد الشرع.

ب – إنّ الأحاديث التي صرّحت باستئذان البكر، لا يُعقل أن تكون لها فائدة إلا بالعمل على وفقها. فكيف يجمع بين وجوب الاستئذان وجواز الإجبار في آن واحد؟

جـ – إنّ المقصود من شرعية الزواج انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى بينهما. ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة. فإذا عُرف قيام سبب انتفاء المقصد الشرعي قبل الشروع وجب ألا يجوز، لأنه حينئذ عقد لا يترتب عليه فائدته ظاهرا.

د – إنّ المكلّفة البكر إنما تتصرف في خالص حقها، وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة، ولذا كان لها التصرف في المال، ولها اختيار الأزواج، لأنها هي التي تعاشر الأزواج، وإنما تحسن العشرة مع من تختاره هي دون من يختاره الولي.

ثانيا – أهم أدلة الاتجاه الذي يجيز للأب إجبار المكلفة البكر على الزواج:

استدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا إليه من جواز إجبار المكلّفة البكر على الزواج، بالسنة النبوية (1)، وبعمل أهل المدينة (2)، وبالقياس (3)، وبالمعقول (4).

1 – السنة النبوية:

استدلوا بعموم الأحاديث التي فرّق فيها النبي ﷺ، من حيث لفظ الحديث، بين الثيب والبكر، وبين اليتيمة وغير اليتيمة؛ منها:

أ – عن ابن عباس ﷺ، أن النبي ﷺ قال: « **الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن وإذنها صماتها** »[1].

ب – عن أبي هريرة ﷺ، أن النبي ﷺ قال: « **لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت** »[2].

---

1 – أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج 2، ص 1037، ح.ر: 4121.

2 – حديث متفق عليه، سبق تخريجه، ص 101.

جـ – عن خنساء بنت خذام الأنصارية « **أن أباها زوّجها وهي ثيب، فكرهت ذلك فجاءت رسول الله ﷺ، فذكرت ذلك فردّ نكاحها** »[1].

د – عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: « **اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن صمتت فهو إذنها، وإن أبَتْ فلا جواز عليها** »[2].

أما وجه الاستدلال بهذه الأحاديث، وأمثالها، فالاعتماد على مفهوم المخالفة[3]، قالوا: إنّ النبي ﷺ، قسّم النساء قسمين في هذه الأحاديث، ثيب وبكر، ويتيمة وغير يتيمة. فأثبت أحقية الثيب، واليتيمة بنفسيهما من ولييهما، فدلّ بطريق مفهوم المخالفة على أن الولي أحق من البكر بنفسها[4].

قال الإمام "الشافعي" بعد أن ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنه « **الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صماتها** »: « ويشبه في دلالة سنة رسول الله ﷺ إذ فرّق بين البكر والثيب فجعل الثيب أحق من نفسها من وليها وجعل البكر تستأذن في نفسها أن الولي الذي عنى والله تعالى أعلم، الأب خاصة، فجعل الأيم أحق بنفسها منه، فدل ذلك على أن أمره أن تستأذن البكر في نفسها أمر اختيار لا فرض... »[5].

اعترض الأحناف على استدلال الجمهور بالمفهوم. قالوا: « ولا يكون للشافعي في هذا الحديث حجة علينا في البكر، لأن ضد هذا الحكم في حق البكر مفهوم،

---

1 – حديث صحيح سبق تخريجه، ص 127.

2 – أخرجه الترمذي في كتاب النكاح، باب: إكراه اليتيمة على الزواج. انظر: الترمذي، محمد بن عيسى (209 – 279هـ)، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، والأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط.س)، ج 3، ص 417، ح.ر: 1109. قال الألباني: حسن صحيح.

3 – وهو دلالة اللفظ على ثبوت حكم للمسكوت عنه مخالف للمنطوق، لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم، ويسمّى كذلك "دليل الخطاب". انظر تفصيل ذلك ومذاهب الفقهاء في الأخذ بمفهوم المخالفة:
أ – الشوكاني، إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج 1، ص 381.
ب – الخن، مصطفى سعيد، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1981، ص 11 وما بعدها (رسالة دكتوراه).

4 – انظر المرجعين السابقين: أ – ابن قدامة، ج 7، ص 379.
ب – البهوتي، ج 2، ص 635.

5 – الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 19.

والمفهوم عندنا ليس بحجة »[1]. « ثمّ إنّ المفهوم لا ينتهض للتمسك بــه فــي مقابلــة المنطوق، والمفهوم إذا عارضه المنطوق يقدم المنطوق عليه لكونه أقوى »[2].

وقالوا أيضًا: ولو سلم، فنفس نظم باقي الحديث يخالف المفهوم، وهــو قولــه ﷺ « **والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها** »، إذ وجوب الاستئذان على ما يفيده لفظ الخبر منافٍ للإجبار لأنه طلب الأمر والإذن، وفائدتــه الظــاهرة ليــست إلا ليــستعلم رضاها أو عدمه فيعمل على وفقه. هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجــب البقــاء معه وتقديمه على المفهوم ولو عارضه[3].

وبالإضافة إلى ذلك، فقد ثبت استئمار البكر صريحا من حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: « **يا رسول الله، تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: نعم. قلت: فإنّ البكر تستأمر فتستحي فتسكت. قال: سكاتها إذنها** »[4].

« وإذ قد ورد الاستئمار في جانب البكر كما جاء في جانب الثيــب، فــلا وجــه للتفرقة بينهما فيما يتعلق بتوقف عقد النكاح على أمر كل منهما وإذنها »[5].

2 – عمل أهل المدينة:

وهذا استدلال خاص بمذهب الإمام مالك.

قالوا: إنه بلغ مالكا « أن "القاسم" و"سالما" كانــا ينكحــان بناتهمــا الأبكــار ولا يستأمرانهن. قال مالك: ذلك الأمر عندنا »[6].

وعن "أبي الزّناد" عن السبعة أنهم كانوا يقولون: الرجل أحق بإنكاح ابنته البكــر بغير أمرها »[7].

---

1 – السرخسي، مرجع سابق، ج 5، ص 9.

2 – انظر المرجعين السابقين: أ – الزيلعي، ج 2، ص 119.

ب – الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، ص 148.

3 – ابن الهمام، مرجع سابق، ج 3، ص 263.

4 – حديث صحيح سبق تخريجه، ص 110.

5 – أبو النور، مرجع سابق، ص 112.

6 – ابن أنس، مرجع سابق، ج 2، ص 380.

7 – المرجع نفسه والصفحة نفسها.

اعترض الأحناف، ومعهم الجمهور، على استدلال المالكية بعمل أهل المدينة.

قالوا: « إنّ عمل أهل المدينة كعمل غيرهم من أهل الأمصار، ولا فرق بين عملهم وعمل أهل الحجاز والعراق والشام، فمن كانت السنّة معهم فهم أهل العمل المتبع، وإذا اختلف علماء المسلمين لم يكن عمل بعضهم حجة على بعض، وإنما الحجة اتباع السنة، ولا تترك السنة بكون عمل بعض المسلمين على خلافها... »[1].

3 – القياس:

إنّ الجمهور ألحقوا البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية إجبارها في النكاح بجامع الجهل بأمر النكاح. وقالوا: إن البلوغ لا يحدث لها رأيا في باب النكاح، لأن طريق معرفة ذلك التجربة، وكان بلوغها مع صفة البكارة كبلوغها مجنونة[2].

اعترض الأحناف على هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: قال "ابن الهمام": « ونحن نمنع أن الجهل بأمر النكاح هو العلة في الأصل، بل هو معلوم الإلغاء للقطع بجوازه عند البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة، مع أن الجهل منتف، لأنه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه... ثم لا يخفى أن الجهل غير منضبط، بل يختلف باختلاف الأشخاص، فلا يعتبر أصلا... »[3].

الثاني: قالوا: إن هذا قياس مع الفارق، وذلك لأن الولاية على الصغيرة إنما كانت لقصور عقلها، أما الكبيرة فقد كمل عقلها بالبلوغ بدليل توجه الخطاب إليها فصار الإجبار عليها كالإجبار على الغلام، فإن كان صغيرا جاز لقصور العقل، وإن كان بالغا لا يجوز[4].

4 – المعقول:

قال الجمهور: إنّ البكر البالغ لا تعرف مصالحها في النكاح وإدراك التفاوت بين

---

1 – ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 2، ص 380.

2 – انظر: المرجعين السابقين: أ – السرخسي، ج 5، ص 2.

ب – ابن الهمام، ج 3، ص 260.

3 – فتح القدير، مرجع سابق، ج 3، ص 260.

4 – انظر: المرغيناني، مرجع سابق، ج 1، ص 196.

الأزواج وفهم الرجال لعدم التجربة، ولذلك تمتد ولاية الإجبار عليها[1].

ولخّص "ابن الهمام" استدلال الإمامين "مالك" و"الشافعي" بالمعقول، بقوله: « إنّ النكاح لا يراد لذاته بل يراد لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته، ولا يتحقق ذلك مع كل زوج، والتفويض إليهن مخل بهذه المقاصد، لأنّهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار، فيخترن من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة، وهو غالب أحوالهن. فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبعهن مما ذكرنا، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة »[2].

اعترض الأحناف على استدلال الجمهور بالمعقول، حيث عقّب "ابن الهمام" على استدلال الإمامين "مالك و"الشافعي"، بقوله: « ونحن نمنع علّيّة الأنوثة، ونهيها عن المباشرة ندبٌ كي لا تُنسب إلى الوقاحة، بل العلة لسبب إلا الصغر كما سنبين، والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة، ولا يناط الحكم بالأنوثة إذ ليست ملزومة دائما ولا غالبا كما هو شان المظنة، ومجرد الوقوع أحيانا لا يوجب المظنة، وإذا وجد فللولي رفعه... فوقوع المفسدة قليل، وتقريرها بعد وقوعها قليل من قليل، فانتفت المظنة، وبقي أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة، ولهذا كان لها اختيار الأزواج، فلا تزوّج ممّن لا ترضاه »[3].

الفرع الثالث

مناقشة الاتجاهين الفقهيين وبيان الرأي الراجح في الموضوع

بعد عرض الاتجاهين الفقهيين بخصوص إجبار المكلفة البكر على الزواج، وبيان أهم الأدلة التي استند إليها كل اتجاه على حدة، وقد اعتمدت في كل ذلك، أساسا، على أمهات المصادر الفقهية لكل اتجاه، فإنّ الرأي الذي ظهر لي راجحا هو الأول، أي مذهب الحنفية ومن معهم، الذي يمنع إجبار المكلفة البكر على الزواج.

---

1 – انظر المرجعين السابقين: أ – أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 110.

ب – المذكرة التوضيحية لـــ م.ق.ع.م.أ.ش، ص 59.

2 – فتح القدير، مرجع سابق، ج 3، ص 256 و257.

3 – المرجع نفسه والصفحتين نفسيهما.

والذي حملني على ترجيح هذا الاتجاه الفقهي، اعتباران أساسيان:

الاعتبار الأوّل: قوة أدلة الحنفية ومن معهم، سواء تلك الأدلة النصية من صحيح سنة رسول الله ﷺ، أو تلك الأدلة المستندة إلى المعقول.

ويظهر لي في كل هذا، أن المذهب الحنفي أقرب إلى استيعاب مقاصد الشريعة في الموضوع، وأكثر انسجاما مع أصول الشريعة وفقهها في موضوع الأهلية القانونية على وجه الخصوص.

إذ أن فقه الشريعة يفيد بوضوح بأنه متى صار الشخص بالغا عاقلا رشيدا، ذكرا كان أو أنثى، فإنّه يتمتع بكامل أهليته القانونية، وبالتحديد أهلية الأداء بلغة القانون، التي تجعله أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات في شتى مجالات الحياة إلا ما استثني بنص صريح في كتاب الله تعالى، قطعي الدلالة، أو سنة رسوله ﷺ، قطعي الثبوت والدلالة.

ولقد رجّح هذا الاتجاه الفقهي فقهاء كبار، أمثال شيخ الإسلام "ابن تيمية" وتلميذه "ابن القيم"، وكذلك "ابن رُشد" المالكي، رحمة الله عليهم، وغيرهم.

فأما "ابن تيمية"، فقد قطع بترجيح منع إجبار المكلفة البكر على الزواج في مواضع متعددة من فتاواه.

فبعد أن ذكر الخلاف في مدى جواز إجبار المكلفة البكر، ذكر الاتجاهين في الموضوع، ثم قال بشأن قول الأحناف: « وهذا القول هو الصواب »، ثمّ أضاف قائلا: « إنّ الصغر سبب الحَجْر بالنص والإجماع، وأما جعل البكارة موجبة للحجر فهذا مخالف لأصول الإسلام، فإنّ الشارع لم يجعل البكارة سببا للحجر في موضع من المواضع المجمع عليها، فتعليل الحجر بذلك تعليل بوصف لا تأثير له في الشرع »[1].

وفي موضع آخر، قال رحمه الله تعالى، بشأن المكلّفة البكر: « وأما تزويجها مع كراهتها للنكاح، فهذا مخالف للأصول والعقول، والله لم يسوغ لوليّها أن يكرهها على بيع أو إجارة إلا بإذنها، ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده، فكيف يكرهها على

1 – مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج 16، ص 238.

مباضعة ومعاشرة من تكره مباضعته، ومعاشرة من تكره معاشرته، والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له ونفورها عنه، فأي مودة ورحمة في ذلك؟ »[1].

وهذا" ابن القيم"، تلميذ "ابن تيمية" يعبر عن ترجيح مذهب الحنفية بعبارات صريحة وقوية.

فبعد أن ذكر مختلف الأحاديث التي استند إليها الفريقان (الاتجاهان)، قال رحمه الله تعالى: « وموجب هذا الحكم أنه لا تجبر البكر البالغ على النكاح ولا تزوج إلا برضاها وهذا قول جمهور السلف، ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايات عنه، وهو القول الذي ندين الله به ولا نعتقد سواه، وهو الموافق لحكم رسول الله ﷺ وأمره ونهيه، وقواعد شريعته، ومصالح أمته »[2]. « وأمّا موافقته لقواعد شرعه، فإنّ البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يرقّها ويخرج بضعها منها بغير رضاها إلى من يريده هو، وهي من أكره الناس فيه ابغض شيء إليها؟ ومع هذا فينكحها إياه قهرا بغير رضاها إلى من يريده ويجعلها أسيرة عنده، كما قال النبي ﷺ: « **اتقوا الله في النساء فإنهنّ عوان عندكم** »[3] أي أسرى. ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها... »[4].

« وأما موافقته لمصالح الأمة، فلا تخفى مصلحة البنت في تزويجها بمن تختاره، وحصول مقاصد النكاح لها به، وحصول ضد ذلك بمن تبغضه وتنفر عنه. فلو لم تأت

---

1 – مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج 16، ص 241.

2 – ابن القيم، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق وتخريج وتعليق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 29، 1996، ج 5، ص 88.

3 – أخرجه الترمذي في كتاب الرضاع باب: ما جاء في حق المرأة على زوجها، بلفظ: « **ألا واستوصوا بالنساء خيرا** » وقال: حسن صحيح، وأخرجه أحمد في كتاب مسند البصريين، باب: حديث عم أبي حرة الرقاشي عن عمه ﷺ بلفظ « **فاتقوا الله عزّ وجل في النساء** »، ج 34، ص 300، ح.ر: 20695. قال الألباني: في إسناده جهالة لكن له شاهد يتقوى به. انظر: إرواء الغليل، مرجع سابق، ج 7، ص 96.

4 – ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5، ص 88.

السنة الصحيحة بهذا القول، لكان القياس الصحيح وقواعد الشريعة لا تقتضي غيره، وبالله التوفيق »[1].

أما "ابن رشد"، فلم يمنعه انتماؤه للمدرسة المالكية من الإفصاح عن ترجيح مذهب الحنفية في الموضوع، حيث قال: « اختلفوا في موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصّغر؟ فمن قال الصغر قال: لا تجبر البكر البالغ. ومن قال: البكارة قال: تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة. ومن قال: كل منهما يوجب الإجبار إذا انفرد. قال: تجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ. والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة، والثاني تعليل الشافعي، والثالث تعليل مالك، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة »[2].

وأخلص، بعد ذكر هذا الكلام الصريح لهؤلاء الأعلام من الفقهاء القدامى في رفض إجبار المكلفة البكر على الزواج إلى القول بأنّني لا أعرف رأيا فقهيا، ولا فتوى لفقيه من الفقهاء المعاصرين المعتبرين، أو لمجمع من المجامع الفقهية على اختلاف تسمياتها، تقول بجواز إجبار المرأة العاقلة البالغة الرشيدة على الزواج.

ولا أعرف كذلك قانونا وضعيا للأسرة والأحوال الشخصية، في البلدان العربية والإسلامية، تجيز للولي، أبا كان أو غيره، إجبار المرأة المكلفة التي تحت ولايته على الزواج.

الاعتبار الثاني: إنّ أمر الأسرة لا يُبنى على التكافؤ المادي، إنما يُبنى على التعاطف الوجداني، والرغبة والميل القلبي والهوى والحب بين الزوجين. فهذا هو أساس ما سيكون بينهما من سكون نفسي وجنسي، وما سيظلّل حياتهما من مودة ورحمة. وتحقيق هذه المعاني النبيلة يتعارض جوهريا مع فكرة الإجبار على الزواج.

فبالإضافة إلى الأحاديث التي سبق ذكرها في الفقرات السابقة، فقد ثبت عن النبي ﷺ مجموعة أخرى من الأحاديث تؤكد وجوب أخذ رأي المرأة في الزواج، وعدم جواز تزويجها كرها. من هذه الأحاديث ما يلي:

---

1 – ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5، ص 89.

2 – ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 6.

1 – عن عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما، قال: توفي عثمان بن مظعون، وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص، قال: وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون. قال عبد الله: وهما خالاي. قال: فَخطبْتُ إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة إلى أمها فأرغبها في المال، فحطّت إليه، وحطّت الجارية إلى هوى أمها، فأبيا، **حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله ﷺ، فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله، ابنة أخي أوصى بها إليّ، فزوجتها ابن عمتها: عبد الله بن عمر، فلم أقصر بها في الصلاح، ولا في الكفاءة، ولكنها امرأة وإنما حطت إلى هوى أمها. فقال رسول ﷺ: « هي يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها » قال: فانتُزِعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوجوها المغيرة بن شعبة**[1].

« والعبرة في حديث ابن عمر ليس كون الفتاة يتيمة، وإنما الأمر أعمّ وأشمل، هو مراعاة رغبة الفتاة ورضاها في الزواج، وحقها في اختيار الزوج، وعدم إجازة فعل الولي، وهو وصي. وهذا جانب عام في كل النساء، أمر إنساني مرتبط بطبيعة الإنسان، ولهذا رفض النبي ﷺ زواج ابن عمر من ابنة خاله مع وجود الكفاءة، وزوجها من المغيرة بن شعبة لوجود الميل القلبي والحب »[2].

2 – عن ابن عباس، رضي الله عنهما، أن زوج بريرة كان عبدا يقال له مغيث، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته، فقال النبي ﷺ لعباس: **يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة ومن بغض بريرة مغيثا؟ فقال النبي ﷺ: « لو راجعته؟ قالت: يا رسول الله تأمرني؟ قال: إنما أنا أشفع، قالت: لا حاجة لي فيه »**[3].

---

1 – أخرجه أحمد في مسند المكثرين من الصحابة. قال فيه الألباني: حديث حسن وقال: « وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي. وأقول إنما هو على شرط مسلم وحده... ». انظر: إرواء الغليل، مرجع سابق، ج 6، ص 233.

2 – أبو النور، مرجع سابق، ص 122.

3 – أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة. وأخرجه الترمذي كذلك في كتاب الرضاع، بلفظ « **يترضاها لتختاره فلم تفعل** ».

3 – عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إن عم ولدي خطبني فردّه أبي، وزوجني وأنا كارهة. قال: فدعا أباها فسأله عن ذلك فقال: إني أنكحتها ولم آلوها خيرا. قال رسول الله ﷺ: « **لا نكاح لك، اذهبي فانكحي من شئت** »[1].

4 – عن ابن عباس، رضي الله عنهما، أن رجلا قال: يا رسول الله، في حجري يتيمة قد خطبها رجل موسر ورجل معدم، فنحن نحب الموسر وهي تحب المعدم. فقال النبي ﷺ: « **لم نَرَ للمتحابين مثل النكاح** »[2].

ومما يمكن استنتاجه من هذه النصوص، وتلك التي ذكرتها من قبل، ما يلي:

أ – إنّ النبي ﷺ لم يفرق بين الثيب والبكر، واليتيمة وذات الأب، من حيث الإجبار أو عدم الإجبار[3].

ب – إنّ أساس العلاقة الزوجية، إنما هو الرضا المتبادل بين الرجل والمرأة ورغبة كل منهما في الارتباط بالآخر، بعيدا عن فكرة التكافؤ بوجه عام، والتكافؤ المادي بوجه خاص.

جـ – إنّ النبي ﷺ، سيد المعلّمين، وقدوة المربين، يعلّمنا كيف نراعي العواطف الإنسانية الصادقة ونجعلها أساسا متينا لبناء الأسرة وضمان أسباب الاستقرار لها. ولنتأمل هذه العبارات:

– « ... أن أباها زوّجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ».

– « فحنّت إلى أبي لبابة... فأمر النبي ﷺ أباها أن يلحقها بهواها ».

---

1 – أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب النكاح، باب: من أجازه بغير ولي ولم يفرق. انظر: ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد (159 – 235هـ)، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة، (د.ن.ب.ط.س)، ج 4، ص 132، ح.ر: 16202. قال ابن حجر: « وهذا مرسل جيد ». انظر: ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت (د.ط.س)، ج 2، ص 58.

2 – أخرجه ابن ماجة في كتاب النكاح، باب: ما جاء في فضل النكاح، ج 1، ص 593، ح.ر: 1847. صححه الألباني وقال: « أخرجه ابن ماجة والحاكم والبيهقي والطبراني وقال الحاكم صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي ». انظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة، مرجع سابق، ج 2، ص 196.

3 – انظر: ابن تيمية، مرجع سابق، ج 16، ص 239.

- « وحطّت الجارية إلى هوى أمها » – « ... يترضاها لتختاره فلم تفعل ».

- « ... لا حاجة لي فيه » – « إذهبي فانكحي من شئت » – « وهـي تحـب المعدم » – « ... لم نر للمتحابين مثل النكاح ».

إنّ هذه العبارات الصريحة لا تبقي لأنصار إجبار المكلفة البكر على الارتباط بمن لا تحبه ولا ترضاه حجة، إنما هي حجة عليهم، تفيد في وضوح تـام، وبكـل بـساطة، أن الشريعة الغراء بريئة من كل ولي يكره الفتاة العاقلة البالغة الرشيدة على الزواج[1].

المطلب الثالث

موقف ق.أ.ج من إجبار المكلفة البكر على الزواج وتقديره

أتناول في هذا المطلب فكرتين اثنتين: موقف ق.أ.ج من إجبار المكلفة البكر على الزواج (الفرع الأول)، ثم تقدير هذا الموقف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف ق.أ.ج من إجبار المكلّفة البكر على الزواج

إنّ الملفت للانتباه في تعديل ق.أ.ج، في باب الزواج، إنما هو "التكلّف"[2] في التأكيـد على رضائية عقد الزواج، ويبدو هذا المعنى جليا من خلال المواد 4، 9، 11 و13.

ففي المادة الرابعة (04) احتفظ القانون بتعريف عقد الزواج كما كان عليـه قبـل التعديل، واكتفى بإضافة عبارة "عقد رضائي" ليصير التعريف الكامل لعقـد الـزواج:

---

1 – إنّ الإمام البخاري، رحمه الله تعالى، قد فهم هذا المعنى – منذ قرون – وجعله مبدأ ترجم به لبابين من أبواب النكاح، استنبطه بفقهه من الأحاديث الصحيحة التي رواها: باب، لا يـنكح الأب وغيـره البكـر والثيـب إلا برضاها، وباب: إذا زوّج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود. انظر: ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج 9، ص 110 و114.

2 – يبدو هذا الأمر تكلفا لأن التعديل لم يأت بشيء جديد في جوهر موضوع رضائية عقد الزواج، فالنصوص قبل تعديلها واضحة في الدلالة على ذلك، لاسيما المادة 9 قبل التعديل، التي كانت تنص على أنه « يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق ». وبالتالي: فإنّ أهم تعديل وقع في هذه المادة، في تقـديري، هو إضعاف دور الولي، إن لم نقل إلغاؤه.

« الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ».

وفي المادة التاسعة (09)، اختزل القانون أركان عقد الزواج في ركن واحد: « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ».

أما المادة الحادية عشر (11)، فهي تنص على أنه « تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو: أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصّر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا وليّ له ».

إنّ هذه المادة اكتفت باشتراط حضور الولي بالنسبة للمرأة الراشدة دون أن يكون له دور معلوم، وهذا الولي، وفقا لهذه المادة، هو: « أبوهـا أو أحـد أقاربهـا أو أي شخص آخر تختاره ».

إنّ دلالة هذا الكلام واضحة: إنّ المرأة الراشدة المقبلة على الزواج تختـار مـن تقدّمه وليّا في زواجها، فكلمة "أو" تفيد الاختيار ولا تفيد وجوب الترتيب[1].

أما في المادة الثالثة عشر (13)، فقد تعرض ق.أ.ج صراحة لموضوع الإجبـار على الزواج، وهي تنص على أنه « لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ».

والقاصرة هي الفتاة التي لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني المحدد في المادة 40 من

---

1 – في حين أن المادة نفسها، قبل التعديل، قد نصّت على وجوب ترتيب الأولياء، حيث نصت على: « يتولى زواج المرأة وليها، وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من ولا ولي له ». ومما يؤكد هذا الفهـم، حريـة المرأة الرشيدة في اختيار وليها، صياغة نص المادة 11 باللغة الفرنسية:

« La femme majeure conclut son contrat de mariage en presence de son "wali" qui est son père ou un proche parent ou toute autre personne de son choix ».

ومما يزيد هذا الفهم تأكيدا، صياغة الفقرة الثانية من المادة 11 نفسها في حق القـصّر: « ... وهـم الأب فأحـد الأقارب الأوليين... »، فهي صريحة في وجوب الترتيب، « فأحد الأقـارب الأولـين... »، فـي حـين الـنص الفرنسي: « ... qui est le père, puis l'un des proches parents » وهذا كله خلافا لما جاء في حق "الراشدة".

التقنين المدني الجزائري، وكذلك في المادة 7 من ق.أ.ج، وهو تسع عشرة (19) سنة. فيكون ق.أ.ج، من خلال المادة 13 قد أكدّ عدم جواز إجبار القاصرة على الزواج، وأن أمر زواج القُصّر تحكمه المادة 7 في فقرتها الثانية، التي تنص على أن: « للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج ».

ويتضح من هذا الكلام، أن ق.أ.ج، لم يتعرض لموضوع إجبار المرأة الراشدة على الزواج في أي نص صريح، غير أنه، ومن خلال عموم المواد 4، 11 و13، يفهم أنّ ق.أ.ج أكد مبدأ عدم جواز إجبار المرأة الراشدة بكرا كانت أو ثيبا، ذلك:

أولا: إنّ الإجبار لا يتصور وقوعه إلا من قبل الولي، والولي في ق.أ.ج من خلال نص المادة التاسعة (9)، لم يعد ركنا من أركان عقد الزواج، وإنما هو مجرد شرط من شروطه، وفقا للمادة التاسعة (9) مكرر.

وأكثر من ذلك، فإنّ تخلف شرط الولي، في حق المرأة الراشدة لا يترتب عليه أي أثر، خلافا للشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة التاسعة (9) مكرر[1].

ثانيا: إنّ المادة الحادية عشر (11) من قانون الأسرة قد أسندت عقد الزواج إلى المرأة الراشدة نفسها لا إلى وليها، واكتفت المادة باشتراط حضور الولي، الذي قد يكون شخصا أجنبيا عن الأسرة، تختاره المرأة الراشدة بنفسها.

وفي تقديري، ليس لهذا الكلام من دلالة سوى تجريد الولي من كافة السلطات الفعلية، وفي مقدمتها سلطة الإجبار، وسلطة الاعتراض على الزواج.

ثالثا: إنّ المادة الثالثة عشر (13) قد صرحت بعدم جواز إجبار القاصرة على الزواج، وهذا يعني منطقيا أن ق.أ.ج، قد ألغى بالتبعية، إجبار المرأة الراشدة. إذ كيف يعقل أن يمنع إجبار القاصرة، ناقصة الأهلية أو فاقدتها، وفي الوقت ذاته يباح إجبار

---

1 – حيث نصت المادة 33 ق.أ.ج على أنه: « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ». والذي نفهمه من المادة: أن الزواج يفسخ قبل الدخول إذا تخلف الولي في حق القاصرة فقط، لأن الولي في حقها واجب، أما الراشدة فليس واجبا في حقها وبالتالي فإنّ تخلفه لا يضر!!

العاقلة البالغة الراشدة، وهي تتمتع بكامل أهليتها القانونية؟

فأنّى للولي، بعد كل هذا التوضيح، أن تكون له سلطة إجبار المرأة الراشدة؟!

الفرع الثاني

تقدير موقف ق.أ.ج

إنّ موقف ق.أ.ج من إجبار المرأة الراشدة، من خلال الفقرات السابقة، موقف إيجابي في المسألة، إذ منع إجبار المرأة على الزواج، قاصرة كانت أم راشدة، بكرا كانت أم ثيبا، تماشيا مع عموم النصوص الشرعية الثابتة في الموضوع.

غير أنه، في تقديري يجب أن تُسجل على هذا الموقف ملاحظتان:

الملاحظة الأولى: إنّ أهمية موضوع "حرية المرأة الراشدة في اختيار شريك حياتها" يقتضي ضرورة النص صراحة على مبدأ منع الولي أبا كان أو غيره من إجبارها على الزواج.

ذلك أن مسألة إجبار الفتاة العاقلة البالغة الراشدة على الزواج من شخص لا تريده، بل تكرهه وتنفر منه، ما هو في الحقيقة إلا تمكين لهذا "الزوج" بتواطؤ من الولي، من اغتصاب جسدها وأنوثتها، الأمر الذي ترفضه أحكام الشريعة الغراء، المصدر المادي والتاريخي لقانون الأسرة الجزائري.

أضف إلى ذلك، أن الكثير من الأولياء، خاصة في بعض القرى والأرياف والمناطق النائية، لا يزالون يعتقدون أحقيتهم في تزويج بناتهم ممن يختارون، وفي منعهن من الارتباط بمن يُردنَ.

وهذا ما يدفع إلى القول، وبدون تردد، بأن نص المادة 13 من ق.أ.ج قبل التعديل، أوضح وأدق في معالجة هذه المسألة منها بعد التعديل، حيث كان نص هذه المادة قبل التعديل: « لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجها بدون موافقتها ». ولكي يتسنى الجمع بين نصيّ المادة قبل التعديل وبعده، يمكن إعادة صياغة المادة 13 كالآتي: « لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر من في ولايته على الزواج، قاصرة كانت أو راشدة ».

الملاحظة الثانية: إنّ النص الكامل للمادة 13 الحالية، كما سبق الـــذكر هـــو، « لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الـــزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ». نقول: إنّ عبارة « ولا يجوز لـــه أن يزوجهـــا بدون موافقتها »، عبارة في غير محلها، وذلك لسببين:

الأول: لأن الشق الأول من المادة واضح ويفي بالغرض المقصود: « لا يجـــوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج »، وبالتالي فـــإنّ العبارة الزائدة لا تضيف أي معنى جديد للنص.

الثاني: إنّ القاصرة غير مكلفة شرعا وقانونا، وبالتالي فلا إذن لها، فكيف يطلب منها موافقة على أمر عظيم وخطير كأمر الزواج؟!.

الفصل الثاني

العضل وأثره في رضا المكلفة

إذا كان الزواج مطلبا شرعيا، وسببا في بقاء النوع الإنساني وعمارة الأرض، وقضاء الغرائز النفسية والعاطفية والجسدية للرجل والمرأة على الوجه الشرعي، فإن الشريعة قد حثت عليه ويسّرت سبله، وذلّلت كل العقبات التي قد تعطله أو تحول دون أن يحقق مقاصده الشرعية. غير أن واقعنا الاجتماعي، بعيدا عن هدي الإسلام وشريعته، قد أفرز ظواهر وممارسات مختلفة تلتقي كلها في هدف واحد: تعطيل الزواج والتفنن في تعقيد إجراءاته.

ولعل من أهم هذه الظواهر والممارسات وأكثرها انتشارا، ظاهرة التضييق على البنت المكلفة ومنعها من الزواج من الكفء الذي ترضاه، وذلك لأسباب كثيرة ما أنزل الله بها من سلطان، تعبر كلها عن أنانية الولي وقصوره عن تحقيق المقاصد السامية من اشتراط الولي في عقد الزواج.

هذه الظاهرة تسمى في لغة الفقه: عضل الولي. ولبيان حقيقة العضل وأثره السلبي في رضا المكلفة في الزواج، أقسم هذا الفصل إلى مبحثين: مفهوم العضل (المبحث الأول)، أحكام العضل في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم العضل

أقسم هذا المبحث إلى مطلبين: تعريف العضل لغة واصطلاحا (المطلب الأول)، الأصل في العضل وحكمه الشرعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف العضل

أتعرض لتعريف العضل لغة (الفرع الأول)، ثم تعريفه اصطلاحا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف العضل لغة

قال الفيروزآبادي[1]: « عضل عليه: ضيق. وعضل الأمر: اشتد... وعضل المرأة يعضلها، مثلثة، عَضلا وعِضلا وعِضلانا، بكسرهما وعضَّلها: منعها الزواج ظلما.

وعضل المكان تعضيلا: ضاق، وعضلت الأرض بأهلها: غصّت... والمعضلات: الشدائد ».

وجاء في لسان العرب[2]: « ... وعضل المرأة عن الزوج: حبسها. وعضل الرجل أيّمه يعضُلها ويعضلها عضلا وعضّلها: منعها الزوج ظلما... وعضل عليه أمره تعضيلا: ضيّق من ذلك وحال بينه وبين ما يريد ظلما... ».

وعند التأمل في هذا التعريف اللغوي، نجده يتسع لصورتي العضل المذكورتين في القرآن الكريم، وهما:

1 – قول الله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهاً وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً** ﴾. النساء: 19.

---

1 – القاموس المحيط، مرجع سابق، عضل، ص 1046.

2 – ابن منظور، مرجع سابق، عضل، ج 6، ص 533 وص 534.

2 – قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ ﴾ البقرة: 232.

الفرع الثاني

تعريف العضل اصطلاحا

قدم الفقهاء القدامى تعريفات للعضل، تدور كلها حول ما ذكره ابن قدامة، رحمه الله تعالى، بأن العضل هو: « منع المرأة من التزوج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه »[1].

ولعل ما يؤخذ على هذا التعريف، أنّ مصطلح "المرأة" ورد فيه مطلقا من كل تقييد ليشمل كل امرأة مقبلة على الزواج، كبيرة كانت أو صغيرة، عاقلة أو غير عاقلة. لذلك ينبغي ضبط هذا المصطلح وتقييده بما يتماشى وطبيعة العضل وجوهره. وتحقيقا لذلك، أقترح التعريف الذي قدمه الدكتور وهبة الزحيلي، فإنّه في تقديري، يستجيب لهذا الضبط ويتسم بالدقة المطلوبة في التعريف الاصطلاحي، قال الدكتور: العضل هو « منع العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه »[2].

إنّ هذا التعريف الاصطلاحي يستوعب بدقة، صورة العضل الذي يصدر من الولي في حق موليته المكلّفة التي يتقدم إلى خطبتها الكفء، صاحب الدين والخلق، وترغب فيه البنت، غير أنّ وليها يقابله بالرفض والامتناع من تزويجها إياه بدافع الأنانية المفرطة، مقدّما مصلحته الشخصية الدنيوية على مصلحتها الدنيوية والأخروية.

وبالرجوع إلى واقع الأسرة الجزائرية وتحليل ظاهرة عضل الفتاة المكلّفة، يتضح أن من أهم الدوافع التي تغذي هذه الأنانية البغيضة عند الولي، ما يلي:

1 – الطمع في راتبها الشهري إن كانت موظفة والاستمتاع به أطول مدة ممكنة.

2 – الرغبة في أن تستمر البنت في خدمته والقيام على شؤونه الخاصة.

---

1 – المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 368.

2 – الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7، ص 215.

3 – الطمع في تزويجها من خاطب بعينه طمعا في ماله ومركزه.

4 – عدم تزويجها من شخص خارج العائلة خوفا من انتقال الإرث، لاسيما العقار، إلى شخص أجنبي عن العائلة.

5 – التحجير على البنت وجعلها حكرا على قريبها كابن عمها دون سواه دون الالتفات إلى دينه وخلقه ودون معرفة رأيها فيه.

إنّ الله تعالى وحده يعلم، كم فتاة في مجتمعنا الجزائري، تعاني من هذه الأنانية المفرطة، وهذا الخلق الذميم في جانب الولي، وكم تقاسي صنوف العذاب من هذا الحرمان، الذي يتسبب في عزوف الخطاب عنها، على كثرتهم، حتى إذا يإسوا من كثرة الرد، بحثوا عن غيرها وتبقى المسكينة حبيسة عالة على أهلها، فتصبح فريسة للهموم والأحزان وعرضة لضعاف الإيمان. وربما تقع في وحل الرذيلة وتفقد عفتها وكرامتها، بل قد تفقد حياتها بعد أن دفعت شرفها ثمنا لتعنت الولي وعناده.

وأي ظلم أعظم من هذا الذي يمنعها حقها الطبيعي والشرعي في إعفاف نفسها؟!

المطلب الثاني

تأصيل العضل وحكمه الشرعي

أتناول في هذا المطلب فكرتين: تأصيل العضل (الفرع الأول)، ثم حكمه الشرعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تأصيل العضل

إنّ الأصل في العضل، قول الله تعالى: ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ** ﴾ البقرة: 232.

وذكر العلماء أنّ هذه الآية نزلت في معقل بن يسار ﷺ[1]. فعن "الحسن": « فلا تعضلوهن » قال: حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه، « قال: زوجت أُختًا لي[2] من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها. فقلت له: زوجتُك وفرشتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لن تعود إليك أبدا. وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه. فأنزل الله هذه الآية ﴿ **فَلا تَعْضُلُوهُنَّ** ﴾، فقلتُ: **الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجها إياه** »[3].

وفي رواية أخرى عند الإمام الترمذي، قال: « إنّ معقل بن يسار زوج أخته رجلا من المسلمين على عهد رسول الله ﷺ، فكانت عنده ما كانت ثم طلقها تطليقة لم يراجعها حتى انقضت العدة، فهويها وهويته، ثم خطبها مع الخطاب فقال له: يا لُكع، أكرمتك بها وزوجتكها فطلقتها، والله لا ترجع إليك أبدا آخر ما عليك، قال: فعلم الله حاجته إليها وحاجتها إلى بعلها، فأنزل الله تبارك وتعالى: ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ** ﴾ إلى قوله ﴿ **وَأَنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ** ﴾ فلما سمعها معقل قال: سمعاً لربي وطاعة ثم دعاه فقال: أزوجك وأكرمك »[4].

الفرع الثاني

الحكم الشرعي للعضل

إنّ العضل، وفقا للتعريف الاصطلاحي السابق، ظلم وإضرار بالمرأة في منعها حقها في التزويج بمن ترضاه، وتحكّم في عواطفها ومشاعرها، وإهدار لكرامتها

---

1 – انظر على سبيل المثال: أ – الواحدي، علي بن أحمد (ت 468هـ)، أسباب النزول، مؤسسة الحلبي وشركاؤه، القاهرة، (د.ط)، 1968، ج 1، ص 50 و51.

ب – ابن العربي، محمد بن عبد الله (468 – 543هـ)، أحكام القرآن، دار المعرفة، بيروت، (د.ط.س)، تحقيق: علي محمد البجاوي، ج 1، ص 201.

جـ – ابن كثير، إسماعيل بن عمرو (700 – 774هـ)، تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس (د.ب)، ط 3، 1981، ج 1، ص 500.

2 – قيل اسمها جُميل وقيل اسمها ليلى وقيل اسمها فاطمة. انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 5، ص 145.

3 – أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بوليّ، ج 9، ص 100، ح.ر: 5130، كما أخرجه كذلك في كتاب تفسير القرآن وفي كتاب الطلاق بألفاظ متقاربة.

4 – أخرجه الترمذي في كتاب تفسير القرآن، باب: ومن سورة البقرة، ج 5، ص 216، ح.ر: 2981. قال الألباني: حديث صحيح. انظر: صحيح وضعيف سنن الترمذي، مرجع سابق، ج 6، ص 481.

ومخالفة صريحة للمقصود الشرعي من الزواج.

ولذلك فقد اتفق الفقهاء على تحريمه[1]. واستدلوا على ذلك بالقرآن والسنة.

أما القرآن فقول الله تعالى ﴿ **فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...** ﴾ البقرة: 232. وقد سبق ذكر سياق الآية ومناسبتها في قصة زواج أخت معقل بن يسار، رضي الله عنه.

وأما السنة، فإنّ أوضح ما استدلوا به، ما رواه أبو هريرة ﷺ، أن رسول الله ﷺ قال: « **إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض** »[2].

قال ابن تيمية[3] بشأن المرأة البالغ: « ... فليس للولي أن يجبرها على نكاح من لا ترضاه، ولا يعضلها عن نكاح من ترضاه إذا كان كفئا باتفاق الأئمة. وإنما يجبرها ويعضلها أهل الجاهلية والظلمة الذين يزوجون نسائهم لمن يختارونه لغرض لا لمصلحة المرأة، ويكرهونها على ذلك، أو يخجلونها حتى تفعل، ويعضلونها عن نكاح من يكون كفئا لها لعداوة أو غرض.

وهذا كله من عمل الجاهلية والظلم والعدوان، وهما مما حرمه الله ورسوله واتفق المسلمون على تحريمه، وأوجب على أولياء النساء أن ينظروا في مصلحة المرأة لا في أهوائهم كسائر الأولياء والوكلاء ممن تصرف لغيره، فإنه يقصد مصلحة من تصرف له، لا يقصد هواه، فإنّ هذا من الأمانة التي أمر الله أن تؤدى إلى أهلها فقال: ﴿ **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ** ﴾ النساء: 58. وهذا من النصيحة الواجبة وقد قال النبي ﷺ: « **الدين النصيحة،**

---

1 – انظر المراجع السابقة: أ – الكاساني، ج 2، ص 252.
ب – ابن رشد، مج 2، ج 1، ص 15.
جـ – الأم، ج 5، ص 14.
د – المغني، ج 7، ص 367.
هـ – الموسوعة الفقهية، ج 24، ص 143.

2 – أخرجه الترمذي في كتاب النكاح، باب: إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، قال الألباني: حسن. انظر صحيح وضعيف سنن الترمذي، مرجع سابق، ج 3، ص 84.

3 – ابن تيمية، مرجع سابق، ج 16، ص 255 و256.

الدين النصيحة، الدين النصيحة. قالوا: لمن يا رسول الله؟ قال: **لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم »**[1].

ولعل من صور الفساد العريض التي نعيشها في أيامنا هذه، بسبب تعطيل العمل بهذا الحديث الشريف، ارتفاع نسبة العنوسة في المجتمع، وتفشي الرذيلة والجرائم الأخلاقية، وارتفاع نسبة الطلاق، وتوتر العلاقات داخل الأسرة، بالإضافة إلى حالة الإحباط النفسي وفقد الأمل الذي تعيشه الفتيات ضحايا عضل الأولياء!!

المبحث الثاني

أحكام العضل في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

إنّ العضل، باعتباره منع المكلّفة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه، تضبطه أحكام شرعية مختلفة.

وهذه الأحكام نجدها مبثوثة في كتب الفقه، أكثرها مشتتة موزعة على أبواب الفقه المختلفة، منها ما هو محل اتفاق الفقهاء، ومنها ما هو محل اختلاف بينهم.

أما قانون الأسرة الجزائري، بعد تعديل 2005، فإنه خلا من أية إشارة لموضوع عضل الولي.

ولدراسة هذه الجوانب من الموضوع، أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أحكام العضل في الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، أحكام العضل في قانون الأسرة وتقديره (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أحكام العضل في الفقه الإسلامي

إنّ أحكام العضل، كما سبقت الإشارة، مشتتة موزعة على أبواب الفقه المختلفة، من هذه الأحكام ما له علاقة وطيدة برضا المكلفة في الزواج، ومنها ما يعتبر أفكارا ثانوية.

---

1 – أخرجه ابن حبان في كتاب السير، باب: طاعة الأئمة، ج 10، ص 435، ح.ر: 4574، عن تميم الداري. قال الألباني: حسن صحيح. انظر: صحيح الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف، الرياض، ط 5، (د.س)، ج 2، ص 160.

ولذلك حصرت هذه الأحكام في ثلاثة أفكار أساسية: شروط تحقق العضل وإثباته (الفرع الأول)، امتناع الولي من تزويج المكلّفة بين العضل والحق في الاعتراض (الفرع الثاني)، انتقال الولاية عند عضل الولي الأقرب (الفرع الثالث).

الفرع الأول

شروط تحقق العضل وإثباته

أتعرض لشروط تحقق العضل (أولا)، تمّ إثبات العضل (ثانيا).

أولا – شروط تحقق العضل:

يشترط لتحقق العضل، جملة من الشروط، اتفق الفقهاء في جلّها واختلفوا في بعضها، هذه الشروط هي:

1 – أن تكون المرأة مكلّفة (عاقلة بالغة)، إذ أنّ غير المكلفة لا إذن لها[1].

2 – أن يكون الزوج كفئا لها[2]، « فإن زوجت نفسها من غير كفء لها كان للأولياء حق الاعتراض، فإن ثبت للقاضي عدم كفاءة الزوج حكم بفسخ العقد. وهذا الشرط متفق فيه بين المذاهب الإسلامية على خلاف في تحديد الكفاءة »[3].

3 – أن يكون المهر مهر مثلها، أما إن كان أقل من مهر مثلها ففي المسألة خلاف.

قال أبو حنيفة: « لهم (للأولياء) منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عارا وفيه ضرر على نسائها لنقص مهر مثلهن »[4].

وقال أبو يوسف ومحمد، والشافعي، والحنابلة والمالكية، ليس للأولياء منعها من

---

1 – انظر المرجعين السابقين: أ – الكاساني، ج 2، ص 252.
ب – قليوبي وعميرة، ج 3، ص 226.

2 – المقصود بالكفاءة في الزواج: « المساواة بين الزوجين في أمور مادية واجتماعية بحيث تتحقق السعادة الزوجية بينهما، ويندفع العار أو الحرج عن المرأة وعن أوليائها ». انظر: الشماع، محمد، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، دمشق، ط 1، 1995، ص 49. ولمزيد من التفصيل في أحكام الكفاءة بين الزوجين، انظر المرجعين السابقين: أ – ابن حبيب، ج 5، ص 100 وما بعدها.
ب – أبو شقة، ج 5، ص 40 وما بعدها.

3 – السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية (السوري)، دار الورّاق، بيروت، ط 9، 2001، ج 1، ص 146.

4 – الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 332.

التزويج بسبب نقص مهرها عن مهر مثلها[1].

رجح ابن قدامة رأي الفريق الثاني، مستندا إلى أدلة[2] ألخصها فيما يلي:

أ – إن المهر خالص حق المرأة وعوض يختص بها.

ب – إنّ لها حق إسقاطه كله بعد وجوبه، وإسقاط جزء منه أولى.

جـ – لقد ثبت أنّ النبي ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه: « **التمس ولو خاتما من حديد** »[3]، وقال لامرأة زوجت بنعلين: « **أرضيت بنعلين من نفسك؟ قالت نعم، فأجازه النبي ﷺ** »[4].

د – أما قولهم فيه عار عليهم، ليس كذلك، فإنّ عمر ﷺ قال: « لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ »، يعني: غلو الصداق[5].

ومن خلال عرض أدلة الفريقين، يترجح ما ذهب إليه صاحبا أبي حنيفة، والمالكية، والشافعي، والحنابلة، والذي رجحه ابن قدامة، لقوة الأدلة التي ساقها رحمه الله تعالى، ولأن حضور الكفء بالنسبة للمرأة فرصة يجب اغتنامها وعدم تضييعها[6]، أما المال

---

1 – انظر المرجعين السابقين: أ – المغني، ج 7، ص 368.
ب – ابن رشد، مج 2، ج 1، ص 16.

2 – المغني، المرجع نفسه والصفحة نفسها.

3 – أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب: عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، ج 9، ص 89، ح.ر: 5121.

4 – أخرجه الترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء في مهور النساء، ج 3، ص 420، ح.ر: 1113. قال الألباني: « ضعيف، وعاصم بن عبيد الله من الضعفاء المعروفين بسوء الحفظ والذين أجمع الأئمة المتقدمون، كمالك، وابن معين، والبخاري على تضعيفه ». انظر: إرواء الغليل، مرجع سابق، ج 6، ص 346 (بتصرف يسير).

5 – أخرج الحاكم خطبة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه بتمامها. ونصها: عن الزهري عن سعيد بن المسيب أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه قام على منبره فحمد الله وأثنى عليه فقال: « الا لا تغالوا في صدقات النساء فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم بها نبيكم ﷺ، ما زيدت امرأة من نساءه ولا بناته على اثنتي عشرة أوقية... ».
قال الحاكم: فقد تواترت الأسانيد الصحيحة بصحة خطبة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، انظر: المستدرك على الصحيحين، مرجع سابق، ج 2، ص 193، ح.ر: 2728.

6 – أخرج الترمذي، في كتاب الصلاة، باب: ما جاء في الوقت الأول من الفضل، ج 1، ص 320، ح.ر: 171، أنّ النبي ﷺ قال: « **يا علي: ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت والجنازة إذا حضرت والأيم إذا وجدت لها كفئا** ». قال الزيلعي: « أخرجه الحاكم في المستدرك وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ». انظر: نصب الراية، مرجع سابق، ج 3، ص 196. وحسنه الألباني. انظر: التبريزي، محمد بن عبد الله الخطيب، مشكاة المصابيح، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 3، 1985، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، ج 1، ص 133.

فغادٍ ورائح.

ثانيا – إثبات العضل[1]:

إذا وقع العضل بتوفر الشروط التي ذكرها الفقهاء، وجب رفعه ومنعه لأنه ظلم واعتداء على المرأة المكلّفة في أخص أمورها، وهو الزواج.

ولرفع العضل، يجب إثبات وقوعه، وواجب الإثبات يقع على عاتق المرأة ضحية العضل.

ومعلوم أنه ليس من السهل على المرأة إثبات العضل، والشكوى للحاكم، فربما جرّ انحيازها للخاطب ورفع دعوى قضائية على الولي العاضل إلى عداء الأسرة وإلى مزيد من التضييق عليها.

غير أنه، في جميع الأحوال، يجب إثبات العضل أمام القاضي، ويتم ذلك بامتناع الولي عن التزويج، أو بسكوته بعد أن يأمره القاضي به، والمرأة والخاطب حاضران، كما يثبت العضل بالبينة عند تعزّز الولي وتواريه.

ولا يكفي خبر الواحد لإثبات وقوع العضل من الولي، بل لا بدّ من شهادة كاملة، ولا يقبل قول المرأة أن وليها عضلها، وإنما عليها إثبات ما تدعيه.

الفرع الثاني

امتناع الولي من تزويج المكلّفة بين العضل والحق في الاعتراض

يعتبر الولي عاضلا بأن يمتنع من تزويج المولّى عليها من الكفء الذي جاء يخطبها بقصد الإضرار بها، أو بغير أن يكون في ذلك مصلحة لها « وليس لهذا الإضرار حدٌّ لأنه ربّما ردّ واحدا أو أكثر وله وجه، وربّما ردّ واحدا وهو فيه أضر »[2].

وهذه هي القاعدة في هذه المسألة.

---

1 – انظر: أ – الخرشي، مرجع سابق، ج 3، ص 28.

ب – حسين، الولاية على النفس، مرجع سابق، ج 2، ص 272.

جـ – عاشور، بشير يوسف مصطفى، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي مقارنا بالشرائع الأخرى، رسالة دكتوراه نوقشت في كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1974، ج 2، ص 454.

2 – اطفيّش، مرجع سابق، ج 6، ص 114.

غير أن جمهور الفقهاء ميزوا في هذه المسألة بين حالتين:

الأولى: إذا كانت المرأة مجبرة، والثانية: إذا لم تكن مجبرة.

الحالة الأولى – إذا كانت المرأة مجبرة[1]:

إذا كان الولي أبا مجبرا[2] وامتنع من تزويج ابنته (المجبرة) فلا يعدّ عاضلا إلا إذا تحقق منه الإضرار بها وظهر الضرر بالعضل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو يستولي على راتبها الشهري ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت.

ويعتبر عاضلا إن تحقق إضراره بها ولو مرة واحدة، كما يعتبر في حكم العاضل إذا كان شديدا يخشاه الخطّاب ويهابونه.

ولا يتحقق الإضرار بها بردّ خاطب أو خاطبين ولو كان كل منهما كفئا، لما جُبل عليه الأب من الحنان والشفقة، وجهلها بمصالح نفسها. فربما علم الأب من حالها أو حال الخاطب ما لا يوافق أو ما يدعو إلى الردّ، لأن الظاهر من شفقته عليها أنه اختار لها الأنفع لتفاوت الأكفاء أخلاقا وأوصافا.

وقد روي أن الإمام مالك منع بناته من الزواج وقد رغب فيهنّ خيار الرجال، وفعل مثله العلماء قبله، كابن المسيب، ولم يكن قصدهم الضرر ببناتهم، فلم يعدّ واحدا منهم عاضلا[3].

الحالة الثانية – إذا كانت المرأة غير مجبرة:

---

1 – انظر المراجع السابقة: أ – ابن أنس، ج 2، ص 274 و275.

ب – الخرشي، ج 3، ص 189.

جـ – الشربيني، ج 4، ص 252 – 254.

د – البهوتي، ج 5، ص 55.

هـ – حسين، الولاية على النفس، ج 2، ص 270 و271.

2 – هذا عند جمهور الفقهاء الذين قالوا بولاية الإجبار، خلافا لمذهب الحنفية ورواية عن الإمام أحمد. وقد بيّنت رجحان مذهب الحنفية الرافض لإجبار العاقلة البالغة (راجع ص 144 وما بعدها). وينبني على هذا الترجيح عدم جدوى التمييز بين المجبرة وغير المجبرة.

3 – انظر المرجعين السابقين: أ – الدسوقي، ج 3، ص 32.

ب – الزحيلي، وهبة، ج 7، ص 215 وما بعدها.

إذا لم تثبت للولي سلطة إجبار المرأة، بأن كانت ثيبا، باتفاق الفقهاء، أو مكلّفة ولو بكرا، عند الحنفية ومن وافقهم، أو إحدى الأبكار اللاتي يقمن مقام الثيب استثناءً عند المالكية، فإنّ الولي يكون عاضلا في صورتين:

الصورة الأولى: بمجرد امتناعه عن تزويج موليته من كفئها الذي رضيت به ويتحقق ذلك بمجرد رد أول خاطب.

الصورة الثانية: يعتبر عاضلا، كذلك، لو أراد تزويجها من كفء غير الكفء الذي رضيت لنفسها، لأن تزويجها من الكفء الذي رضيته أدوم للعشرة وأحرى أن يحقق مقاصد الزواج من سكن ومودة ورحمة، ولأن أصل تزويجها يتوقف على إذنها[1].

أما إذا منع الولي المكلّفة البكر من نكاح غير كفئها فلا يعدّ عاضلا، لأنه لم يقصد الإضرار بها، إنما أراد مصلحتها. قال الشافعي: « إذا رغبت في كفء بعينه وأراد تزويجها بغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها ممن أرادته رفع الأمر إلى القاضي، فإن ثبت كفاءته لزمه تزويجها وإلا زوجها القاضي منه. أما إذا طلبت الزواج من غير كفئها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا، لأنها لو فعلت كان له حق فسخ النكاح، فلان تمنع عنه ابتداءً أولى »[2].

وهكذا، يتضح الفرق بين عضل الولي وبين حقه في الاعتراض على زواج لا يحقق مصلحة موليته.

فالعضل، عند تحقق شروطه، ظلم سافر للمكلفة البكر، يجب رفعه ومنعه وفقا للقاعدة الفقهية العظيمة « لا ضرر ولا ضرار »[3]، وذلك بكل الوسائل المشروعة المتاحة، ومعالجة آثاره قدر الإمكان. في حين أنّ اعتراض الولي، إن كان أبا، على زواج المكلّفة البكر من غير كفء، يعتبر حماية لها وحرصا على مصلحتها، وضمانا

---

1 – انظر المراجع السابقة: أ – الكاساني، ج 2، ص 252.
ب – عليش، ج 3، ص 293.
جـ – قليوبي وعميرة، ج 3، ص 227.
د – المرداوي، ج 8، ص 58.

2 – الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 11. وانظر كذلك: ابن حبيب، مرجع سابق، ج 9، ص 112.

3 – انظر: الشيخ (أسامة)، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها.

لاستقرار حياتها الزوجية، والأسرة بوجه عام.

وهذا، في تقديري، حق للولي، يجب تأكيده وفق ضوابط شرعية، والنص عليه صراحة في قانون الأسرة.

الفرع الثالث

انتقال الولاية عند عضل الولي الأقرب

أتناول هذا الموضوع من خلال فقرتين: آراء الفقهاء في الموضوع وأدلتهم (أولا) ثم بيان الرأي المختار في الموضوع (ثانيا).

أولا – آراء الفقهاء في الموضوع وأهم أدلتهم:

اتفق الفقهاء على بطلان ولاية الولي الأقرب إذا عضل المولّى عليها من التزويج بغير حق شرعي[1].

غير أنهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية بعد بطلان ولاية الأقرب على قولين اثنين:

القول الأول: إذا عضل الولي الأقرب، تنتقل الولاية إلى السلطان. وقال بهذا الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية مرجوحة، وروي هذا عن عثمان رضي الله عنه، وعن شريح القاضي[2].

قال الكاساني: « ... لأن الحرة البالغة العاقلة إذا طلبت الإنكاح من كفء وجب عليه التزويج منه، لأنه منهي عن العضل، والنهي عن الشيء أمر بضده. فإذا امتنع فقد أضر بها، والإمام نصّب لدفع الضرر، تنتقل الولاية إليه »[3].

وقال الدسوقي « إذا امتنع الولي الأقرب انتقلت الولاية للحاكم لا للأبعد، وخالف في ذلك ابن عبد السلام فقال: "إنما يزوجها الحاكم عند عدم الولي غير العاضل، وأما عند وجوده فينتقل الحق للأبعد" »[4].

---

1 – الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 30، ص 144 و145.

2 – المرجع نفسه والصفحات نفسها.

3 – بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 2، ص 352.

4 – الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 31.

وقال الشافعي، بعد أن ذكر حديث عائشة رضي الله عنها « ... فإن اشتجروا فالسلطان ولي ومن لا ولي له »: « دليل على أن على السلطان إذا اشتجروا أن ينظر: فإن كان الولي عاضلا أمره بالتزويج، فإن زوّج فحق أداه، وإن لم يزوج فحق منعه، وعلى السلطان أن يزوج أو يوكل وليًا غيره، فيزوج والولي عاصٍ بالعضل لقول الله عزّ وجل ﴿ **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ** ﴾[1].

غير أنّ انتقال الولاية من الأقرب إلى السلطان مقيّد عند الشافعية بما إذا كان العضل دون ثلاث مرات ولو بالسكوت، وإلا فقد فسق فتنتقل الولاية للأبعد دون السلطان[2].

والمراد بالسلطان: « من إليه الأمر من إمام أو خليفة ونحوهما من حاكم وغيره ممن هو نائب عن صاحب الشريعة في حفظ الدين وسياسة الدنيا، إذ أنّ السلطة العامة، وهي التي استمدها من الأمة بالبيعة الشرعية، هي حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الدنيوية والأخروية. وله بمقتضى هذه النيابة عموم ولاية النظر والتصرف في سائر أحوال الأمة وتنفيذ أحكام الشرع فيها على العموم »[3].

وهذه الولاية تشمل كل من يوجد فيه المعنى المقتضي لولاية الغير وليس له ولي خاص، جائرا كان أو عادلا، لعموم الأحاديث القاضية بالأمر بطاعة السلطان جائرا أو عادلا. وقيل، بل المراد به العادل المتولي لمصالح العباد، لا سلاطين الجور فإنّهم ليسوا أهلا لذلك[4].

وللسلطان أن يباشر سلطة التزويج بنفسه، وله أن ينيب عنه فيها من شاء، كلاً أو بعضا.

« ولقد كان القضاء من وظائف الخلافة ومندرجا في عمومها، وكان الخلفاء يباشرونه بأنفسهم ولا يجعلون القضاء إلى من سواهم. وأول من دفعه إلى غيره

---

1 – الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 14. وانظر كذلك: الأنصاري، مرجع سابق، ج 3، ص 129.

2 – انظر: حاشيتا قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج 3، ص 226.

3 – حسين، الولاية على النفس، مرجع سابق، ج 1، ص 60.

4 – الصنعاني، مرجع سابق، ج 3، ص 989.

وفوضه فيه، عمر ﷺ، فولّى "أبا الدرداء" منه بالمدينة، وولّى "شُريحا" بالبصرة، وولّى أبا موسى الأشعري بالكوفة، وكتب له في ذلك الكتاب المشهور الذي تدور عليه أحكام القضاة وهي مستوفاة فيه »[1].

واستدل جمهور الفقهاء لقولهم بما يلي[2]:

1 – ما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ قال: « **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من ولا ولي له** »[3].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث، أنّ الضمير في قوله ﷺ "اشتجروا" عائد إلى الأولياء، والدليل على ذلك ذكر الولي وسياق الحديث. والمراد بالاشتجار منع الأولياء من العقد عليها، وهذا هو العضل، وبه تنتقل الولاية إلى السلطان إن عضل الأولياء.

2 – قالوا: إذا امتنع الولي القريب من تزويج المولى عليها بغير حق شرعي، يكون بذلك ظالما، والذي يرفع الظلم شرعا إنما هو القاضي دون سواه، فتنتقل الولاية إليه.

القول الثاني: إذا عضل الوليّ الأقرب بغير حق شرعي فإنه يفسّق وتنتقل الولاية لمن يليه من الأولياء، فإن عضل الأبعد زوّجها الحاكم.

بهذا قال الإمام أحمد في ظاهر المذهب.

---

1 – ابن خلدون، عبد الرحمن (ت 808هـ)، المقدمة، وهي مقدمة كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر، دار ابن الهيثم، القاهرة، ط 1، 2005، ص 176 و177.

2 – انظر المراجع السابقة: أ – الكاساني، ج 2، ص 252.
ب – ابن أنس، ج 2، ص 106.
جـ – الشافعي، ج 5، ص 14.
د – المغني، ج 7، ص 354.
هـ – الصنعاني، ج 3، ص 989.
و – عاشور، ج 2، ص 458.

3 – أخرجه الترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء: لا نكاح إلا بولي، ج 3، ص 407، ح.ر: 1101. وصححه الألباني، انظر: إرواء الغليل، مرجع سابق، ج 6، ص 252. وقال ابن حجر: « أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجة وابن عوانة وابن حيان والحاكم... ». وناقش ابن حجر من قالوا: إنّ الزهري سئل عن هذا الحديث فلم يعرفه. انظر: تلخيص الحبير، مرجع سابق، ج 3، ص 343.

قال المرداوي: « وإن عضل الأقرب زوج الأبعد، هذا الصحيح في المذهب وعليه أكثر الأصحاب... »[1].

وقال ابن قدامة « ولنا أنه تعذّر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جُنّ. ولأنه يفسّق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر، فإن عضل الأولياء كلّهم زوّج الحاكم »[2].

وقال البهوتي « فإن عُدم الولي مطلقا أو عضل وليها ولم يوجد غيره، زوّجها ذو سلطان في ذلك المكان، كوالي البلد أو كبيره، أو أمير القافلة ونحوه، لأن له سلطنة، فإن تعذر ذو سلطان في ذلك المكان، زوجها عدل بإذنها »[3].

استدل الحنابلة لقولهم بما يلي:

1 – حديث عائشة رضي الله عنها السابق « ... **فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له** » قال ابن قدامة: « والحديث حجة لنا، لقوله ﷺ "السلطان ولي من لا ولي له"، وهذه لها ولي، ويمكن حمله على ما إذا عضل الكلّ، لأن قوله ﷺ "فإن اشتجروا" ضمير يتناول الكل »[4].

اعترض الجمهور على هذا الاستدلال، وقالوا: إنّ العضل إضرار بالمولّى عليها، وولاية رفع الضرر ترجع للقاضي لا لغيره من أصحاب الولاية الخاصة[5].

2 – لجأ الحنابلة إلى القياس، فقاسوا مسألة عضل الولي الأقرب على غيبة الولي الأقرب، حيث تنتقل الولاية عندهم للولي البعيد وليس للسلطان.

قالوا: إنّ الأصل عندنا عند غيبة الولي الأقرب أن تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد، وكذلك إذا عضل الولي الأقرب فإنّ الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد لا إلى السلطان[6].

---

1 – انظر المرجعين السابقين: أ – شرح الزركشي، ج 2، ص 833.
ب – ابن مفلح، ج 7، ص 32.

2 – المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 367.

3 – كشاف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 49.

4 – المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 367.

5 – انظر: حسين، الولاية على النفس، مرجع سابق، ج 2، ص 270.

6 – انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 369.

ثانيا – الرأي المختار في الموضوع:

بعد توضيح القولين في مسألة انتقال الولاية عند عضل الولي الأقرب وعرض أهم أدلتهما، يترجح القول الأول الذي ذهب إلى انتقال الولاية إلى السلطان أو من يمثله، كالقاضي، عند عضل الولي الأقرب دون مبرر شرعي وذلك لسببين:

السبب الأول: إنّ الحديث الشريف « فالسلطان ولي من لا ولي له » نصّ في الدلالة على انتقال الولاية إلى السلطان بمجرد حصول العضل من الولي الأقرب إضرارا بالمولّى عليها.

ذلك أنّ الشارع الحكيم إنما اشترط الولي في جانب المولّى عليها حماية لها وتحقيقا لمصلحتها في الزواج، وعليه، فمتى عجز الولي عن تحقيق ذلك، أو تعمّد الإضرار بها بالعضل دون مبرر شرعي، صار هذا الولي وكأنه غير موجود شرعا. وبالتالي تكون المكلفة البكر في حكم من لا وليّ لها، فيتولّى أمرها السلطان[1].

السبب الثاني: إنّ العمل بالقول الثاني – انتقال الولاية إلى الولي الأبعد عند عضل الولي الأقرب – قد يؤدي إلى طريق مسدود في المسألة، حيث يشتد الخلاف ويتناقض النظر بين الولي الأقرب الذي رفض التزويج، والولي الأبعد الذي يبادر إليه. ففي هذه الحالة تدعو الحاجة إلى حكم يفصل بينهما لكي لا تتضرر المرأة بفوات الكفء.

إنّ الحكمة، في مثل هذه الحالة، لتدعو إلى اختصار الطريق باللجوء إلى السلطان بمجرد تحقق العضل من الولي الأقرب، لأن العضل – كما سبق بيانه – ظلم، والذي يرفع الظلم إذا وقع إنما هو السلطان.

---

1 – وهذا ما نصّ عليه المالكية صراحة، جاء في المدونة: « ... فكان معناه (حديث والسلطان ولي من لا ولي له) من لا ولي له، ويكون أيضا أن يكون لها وليّ فيمنعها إعضالا لها، فإذا منعها فقد أخرج نفسه من الولاية بالعضل. وقال ﷺ "لا ضرر ولا ضرار"، فإذا كان ضرر حكم السلطان أن ينفي الضرر ويزوج فكان وليًّا كما قال ﷺ ». المدونة، مرجع سابق، ج 2، ص 283. وحديث « **لا ضرر ولا ضرار** » أخرجه الإمام مالك في الأقضية، باب: القضاء في المرفق، انظر: ابن أنس، مالك، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، ط 1، 2004، ج 4، ص 1078، ح.ر: 2758. وصححه الألباني. انظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة، مرجع سابق، ج 1، ص 498.

المطلب الثانـي

أحكام العضل في قانـون الأسرة الجزائري وتـقديـره

لقد تعرض قانون الأسرة الجزائري، قبل تعديله سنة 2005، لموضـوع عـضل الولي، وبيّن ضوابطه الشرعية، وميّز بين عضل الولي، وبيّن حقّه في الاعتراض على زواج لا يحقق مصلحة المكلّفة البكر، وذلك من خلال مادتين: المادة 11، والمادة 12.

غير أنه بمقتضى التعديل المذكور، عدّل المشرع المادة 11، في حين ألغى المادة 12.

وعليه، فلا وجود اليوم لأية مادة في قانون الأسرة تعالج موضوع عضل الولي.

ولتوضيح موقف قانون الأسرة في الموضوع، وتفصيله، أقسّم هذا المطلب إلـى فرعين: موقف قانون الأسرة من عضل الولي (الفرع الأول)، ثم تقدير هـذا الموقـف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف قانـون الأسرة من عضل الولي

أتناول موقف هذا القانون في المسألة قبل التعديل (أولا)، ثم موقفه بعـد التعـديل (ثانيا).

أولا – قبل التعديل:

تعرض قانون الأسرة لمسألة "عضل الولي" قبل تعديل 2005، من خلال مـادتين اثنتين: الأولى: المادة 11 والتي نص فيها على مبدأ « القاضي ولي من لا ولي لـه »، الثانية: المادة 12، والتي عالج فيها جوهر موضوع العضل وضوابطه الشرعية.

وفيما يلي شرح للمادتين وتحليل لمضمونهما، للاقتراب أكثر من فهم موقف هـذا القانون في المسألة، وإدراك سلبية التعديل الذي طرأ على المادتين.

1 – المادة الحادية عشر (11): جاء نص المادة، قبل التعديل، كما يلي: « يتولى زواج المرأة وليّها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين. والقاضي ولي من لا ولي له ».

إنّ هذه المادة اشتملت على فقرتين:

أ – « يتولى زواج المرأة وليّها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين ».

إنّ هذه الفقرة أكّدت أهمية الولي في عقد الزواج باعتباره ركنا من أركـــان عقــد الزواج، تماشيا مع نص المادة التاسعة (9) قبل تعديلها، والولي، شرعا وقانونـــا، هــو الأب عند وجوده، وعند غيابه حقيقة أو حكما، تنتقل الولاية إلى الولي الأقرب.

ومن الواضح أنّ هذه الفقرة لم تميز بشأن المرأة بين أن تكــون بكــرا أو ثيبــا، راشدة أو غير راشدة.

ب – « والقاضي ولي من لا ولي له »

إنّ هذه الفقرة أكدت المبدأ الشرعي « السلطان ولي من لا ولي له » باعتبار القاضي في عصرنا، هو ممثل السلطان في قضايا الزواج والطلاق وما يتعلق بهما من مسائل.

وتظهر علاقة المادة 11 بموضوع العضل بشكل مباشر، من خلال هــذه الفقــرة الثانية (ب)، والتي تفيد معنى محددًا هو: كل امرأة، دون أي تقييد، ليس لها وليّ يتولى زواجها، حقيقة أو حكما، فإنّ القاضي هو الذي يتولى زواجها.

وكل امرأة، أيا كانت صفتها، بكرا أو ثيبا، راشدة أو غير راشدة، وقعــت تحــت طائلة عضل الولي، فإنّ القاضي هو الذي يتولى أمر تزويجها من كفئهــا، إذا رفــض الولي الشرعي تزويجها ظلما، وذلك وفق الضوابط التي نصّت عليها المــادة الثانيــة عشر (12).

2 – المادة الثانية عشر (12):

إنّ هذه المادة عالجت موضوع عضل الولي، في تقديري، معالجة شافية، وذلــك من خلال ثلاث فقرات:

أ – « لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيــه وكــان أصلح لها ».

لقد نصت هذه الفقرة بشكل واضح وصريح، على أنه لا يجوز للــولي أن يمنــع موليته من الزواج متى كانت راغبة في الخاطب، راضية بالاقتران به، بشرط أن يكون هذا الخاطب كفئا لها وكفيلا بتحقيق مصلحتها في الزواج.

ب – « وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هــذا القانون ».

تفيد الفقرة أنه إذا حدث أن عضل الأب المكلّفة ومنعها من الاقتران بمن رضـيته وكان كفئا لها، يكون بذلك ظالما لها، متجاوزا لسلطته الشرعية، وعندئذ يحق للمـولّى عليها أن ترفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة لرفع الظلم عنها.

فإذا ثبت للقاضي عضل الولي، بأن عجز الأب عن تقديم أي مبرر مقنع لامتناعه عن التزويج، ففي هذه الحالة يأمره القاضي بأن يتولى هو – أي الأب – تزويج ابنته من كفئها باعتباره وليها الخاص، فإن رفض، تولى القاضي أمر تزويجها بمقتضى ولايته العامة رغم وجود الولي الخاص وامتناعه، لأنه في هذه الحالة يكون في حكم المعدوم، كونه عجز عن تحقيق مصلحة موليته.

جـ – « غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت ».

وفقا لهذه الفقرة، يحق للولي الاعتراض على زواج موليته من شخص معين، ولا يكون هذا الاعتراض عضلا، وإنما هو موقف يحقق الولي من خلاله مصلحة البنت ويحميها من الارتباط بشخص لا يناسبها.

وهذا الحق في الاعتراض الذي قررته هذه الفقرة الثالثة (جـ) من المادة الثانية عشر (12)، يثبت للولي بثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن تكون المكلّفة بكرا، لا ثيبا.

الشرط الثاني: أن يكون الولي هو الأب، دون غيره.

الشرط الثالث: أن يُثبِتَ الأب أنّ في اعتراضه مصلحة للبنت.

فإذا انتفى أحد هذه الشروط، كان اعتراض الأب عضلا يجب رفعه ومنعه.

وكخلاصة للموضوع، يتبيّن مما سبق توضيحه أن موقف قانون الأسرة من عضل الولي، من خلال المادتين 11 و12، قبل التعديل، متوافق مع موقف الفقه الإسلامي بمذاهبه المعتبرة.

ثانيا – بعد التعديل:

إنّ تعديل 2005، شمل ثمانية عشر (18) مادة، منها المادتان المذكورتان.

1 – بالنسبة للمادة 11: جاء نص التعديل في فقرتين:

أ – « تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربهـــا، أو أي شخص تختاره ».

إنّ هذه الفقرة جاءت مؤكدة لما ورد في تعديل المادة 09 المتعلقة بأركـــان عقـــد الزواج، حيث اختزلت هذه المادة أركان الزواج في ركن واحد وهو: « تبـــادل رضـــا الزوجين »، وبالتالي صارت بقية الأركان شروطا لعقد الزواج بما فيها الولي[1].

ب – « دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتـــولى زواج القـــصّر أولياؤهم، وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من ولي له ».

لعلّ أهم ما مسّه التعديل في هذه الفقرة، هو مجال إعمال مبدأ « القاضي ولـــيّ مـــن وليّ له »، حيث كان مجال تطبيقه قبل التعديل هو كل امرأة، بكرا كانت أو ثيبـــا، راشـــدة كانت أو غير راشدة، أما بعد التعديل فقد انكمش هذا المجال وتقلّص، وانحصر فـــي حـــق القاصرة، أي الصغيرة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج المنصوص عليها في المادة الـــسابعة (07) وهي تسعة عشر سنة كاملة، والتي ليس لها ولي يتولى أمر تزويجها، دون المـــرأة المكلفة الراشدة!!

2 – بالنسبة للمادة 12

إنّ المشرع الجزائري كفى نفسه عناء تعديل المادة 12، واختصر الطريق واكتفى بإلغائها إلغاء كاملا! وبالتالي، لم يبق في قانون الأسرة الجزائري، اليوم، أية مادة تعالج "مشكلة عضل الولي".

الفرع الثاني

تقدير موقف قانون الأسرة من عضل الولي

إنّ الغاية التي يسعى المشرع لتحقيقها من تعديل أي نص قانوني – عامة – هي تدارك الخلل الموجود في النص المراد تعديله والسعي للرقي به نحو الأفضل والأمثل، وذلك مـــن حيث المضمون ومن حيث الصياغة، خدمة للمتقاضين ولجهاز القضاء في آن واحد.

ولكن، قد يحدث أن يأتي التعديل بنتيجة عكسية لتلك المتوخاة منـــه، لاســـيما إذا أُسند أمر التعديل لغير أهل الخبرة والاختصاص، ولم ينل حقه من التفكير والروية.

1 – سبقت مناقشة هذا التعديل، راجع ص 91 و150.

ولعل هذا الكلام ينطبق على ما جاء به تعديل قانون الأسرة الجزائري عموما، وما جاء بشأن المادتين 11 و12 خصوصا.

وفي تقديري، فإن تعديل المادة 11 إلى نصها الحالي، وإلغاء المادة 12، ما هو إلا تأكيد لمسعى إضعاف دور الولي في عقد الزواج، وذلك استجابة لضغوط العولمة وإرضاء المنظمات الدولية والجمعيات التي تدعو إلى تحرير أكبر للمرأة وإلغاء كل أشكال التمييز بينها وبين الرجل، خاصة في مجال الزواج والعلاقات الأسرية.

ومما يزيد هذا المسعى تأكيدا، على سبيل المثال، إلغاء مبدأ القوامة في الأسرة القائم على اعتبار الزوج رئيسا للأسرة[1].

وأخلص إلى القول بأن المادتين 11 و12، بصياغتهما قبل التعديل، تعتبران خير علاج قانوني لمشكلة العضل في المجتمع الجزائري[2].

ذلك أن فيهما نصا صريحا على منع الولي من عضل موليته المكلفة راشدة كانت أو غير راشدة، بكرا كانت أو ثيبا، باعتبار العضل ظلما وتحكما في مشاعر المرأة المكلفة بغير حق، ومصادرة لحقها الشرعي والطبيعي في اختيار شريك حياتها.

كما أن فيها نصا صريحا على حق المكلفة في رفع دعوى قضائية ضد الولي العاضل لرفع الظلم عنها.

وفي تقديري أيضا، فإن المادة 12 (قبل التعديل)، تحقق التوازن المطلوب شرعا وواقعا بين منع الولي من إجبار المكلفة على الزواج من شخص لا ترضاه، وبين حق الولي، خاصة الأب، في الاعتراض على زواج لا يحقق مصلحة ابنته وذلك باعتبار الكفاءة حقا للمكلفة تطلبها في شخص الخاطب، وحقا للولي كذلك، حماية لفلذة كبده من الاغترار، ودفعا للعار ولكل ما يمس شرف الأسرة.

---

1 – حيث، وبمقتضى التعديل المذكور، ألغيت المادة 39 التي كانت تنص في فقرتها الأولى، على أنه « يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة » وتم استبدال مضمونها بما جاء في المادة 36 في فقرتها الثالثة: « يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم ».

2 – إنها مشكلة لأن واقع الأسرة الجزائرية يؤكد بأن الفتاة لا تزال ترزح تحت كلكل العضل بأبشع صوره. فالظاهرة متجذرة متأصلة في المجتمع، وهي أهم وأكبر من أن يسكت عنها المشرع الجزائري أو يتجاهلها، كما فعل بمقتضى تعديل المادة 11، وإلغاء المادة 12!!

خاتمة

لقد توصلت من خلال جهدي المتواضع في هذا البحث إلى جملة من النتائج، ألخصها في النقاط الآتية:

1 – إن العقد، باعتباره أهم مصدر من مصادر الحق في الفقه الإسلامي، قام منذ نشأته، على الرضائية التامة بين طرفيه، بعيدا عن كلكل الشكليات التي عرفها العقد في ظل القانون الروماني.

2 – إن عقد الزواج، من منظور الفقه الإسلامي، عقد رضائي كغيره من العقود، يقوم على أساس الرضا التام بين الخاطب والمخطوبة، متى كانا عاقلين بالغين، أي، مكلفين.

3 – إنّ الشريعة الإسلامية ذهبت بعيدا، وهي تقرر مبدأ قيام عقد الزواج على التراضي، فنجدها تحث صراحة على وجوب مراعاة العواطف الإنسانية واحترام المشاعر القلبية الصادقة، خاصة في جانب المرأة، سواء عند إنشاء عقد الزواج أو عند انحلاله.

4 – إنّ اشتراط الرضا الكامل في جانب المرأة، كالرجل، لانعقاد الزواج صحيحا، يقتضي أن تكون المرأة "مكلفة" شرعا، عاقلة بالغة، لأنه لا مجال للكلام عن الرضا في جانب الصغيرة غير البالغة، وفي جانب المجنونة غير العاقلة.

5 – باستقصاء أحكام الفقه الإسلامي في الموضوع، يتضح أنه يميز بشكل جلي بين البكر والثيب في مسائل فقهية عديدة، أهمها مسائل الزواج، وفي مقدمتها اشتراط رضا البكر والثيب لانعقاد الزواج وإنتاج آثاره الفقهية والقانونية، وكذلك، كيفية التعبير عن الرضا بالزواج أو عدمه عند كل منهما. الأمر الذي دفعني إلى تتبع الجزئيات الفقهية في الموضوع إلى أن توصلت إلى تحديد مفهوم البكر والثيب، وحصر الحالات التي تكون المكلّفة فيها بكرا، وتلك التي تكون فيها ثيبا.

6 – إذا كان الفقهاء المسلمون قد أجمعوا على عدم جواز إجبار المكلفة الثيب على الزواج، فإنّهم اختلفوا بشأن المكلّفة البكر. ولقد توصل بي البحث في مختلف الآراء الفقهية وأدلتها، إلى ترجيح المذهب الحنفي، الذي يقرر بوضوح عدم جواز إجبار المكلّفة البكر على الزواج، وذلك بناءً على أدلة نقلية وأدلة عقلية قوية.

وقد رجّح هذا المذهب فقهاء كبار، في مقدمتهم الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه، وشيخ الإسلام بن تيمية، وتلميذه أبن القيم، وابن رشد المالكي، وغيرهم... كما أنه لا يوجد في العصر الحاضر– في حدود ما أعلم – فقيه معتبر، ولا مؤسسة فقهية معروفة، تفتي بجواز إجبار المرأة على الزواج، متى كانت عاقلة بالغة، بكرا كانت أو ثيبا.

7 – إذا كانت الجاهلية الأولى قد عرفت وأد البنت قبل مجيء الإسلام، وهي رضيعة صغيرة، وأدا جسديا بدسها في التراب، فإن جاهلية العصر الحديث تعرف وأد البنت وهي عاقلة بالغة، مثقفة وعالمة، وأدًا معنويا، وذلك، للأسف الشديد، باسم الإسلام وشريعته في أغلب الأحيان، بإجبارها على الزواج ممن لا تحب تارة، وبعضلها عن الزواج ممن تحب، ولو كان كفئاً، تارة أخرى.

فما الإجبار في حقيقة الأمر إلا لون سافر من ألوان اغتصاب جسد المرأة واعتداء على أنوثتها حين تُحمل – قَسْرًا – على معاشرة رجل قد يكون أبغض الناس إليها، وهي مكلفة راشدة .

وما العضل، بشتى صوره، إلا لون من ألوان احتقار المرأة، وتعطيل إرادتها ومصادرة حقها في اختيار شريك حياتها. كما أنه – العضل – دليل على عجز الولي عن قيامه بـ"واجب الولاية" على ابنته وحمايتها في مجال الزواج، ولذلك اعتبر الشرع العاضل ظالما فاسقا، تسقط ولايته، وتتحول إلى القاضي باعتباره « ولي من لا ولي له ».

8 – إنّ قانون الأسرة الجزائري، الذي تأخر صدوره إلى سنة 1984 وقبل طروء التعديل عليه سنة 2005، قد عالج مسألة "رضا المكلفة في الزواج" معالجة معقولة، بحيث لم يخرج فيها عما قرره الفقه الإسلامي بمدارسه المختلفة حيث نص

صراحة على منع إجبار المرأة على الزواج، ثيبا كانت أو بكرا، سواء كان الولي أبا أو غيره. كما أنه ميز بدقة ووضوح، بين حق الأب في الاعتراض على زواج بنته البكر إذا لم يكن في ذلك الزواج مصلحة لها، وبين تعسف الأب في عضل موليته من الزواج، بكرا كانت أو ثيبا، بغير مبرر شرعي، واعتبره ظلما يجب منعه عن طريق رفع دعوى قضائية ضد الولي. فإن أصرّ على عضله انتقلت الولاية عنه إلى القاضي وفق مبدأ « القاضي ولي من لا ولي له ».

وكل هذه الأحكام وردت في المادتين 11 و12، قبل التعديل.

أما بعد تعديل قانون الأسرة 2005، فقد اكتنف الغموض موقف ق.أ.ج في كثير من المواضيع، وفي مقدمتها دور الولي في عقد الزواج.

حيث عالج هذا القانون موضوع إجبار القاصرة، ولم يتطرق لموضوع إجبار "المكلفة" الراشدة. كما سكت عن معالجة مشكلة عضل الولي، واكتفى بإلغاء المادة 12 سالفة الذكر.

ومن وحي هذه النتائج التي تمثل ثمرة هذا البحث المتواضع، أتقدم بالاقتراحات الآتية:

1 – المبادرة بإعادة النظر في قانون الأسرة، بوجه عام، وفي النصوص التي طالها تعديل 2005، وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بأركان عقد الزواج، ودور الولي فيه. وذلك بالنص صراحة على منع الولي من إجبار موليته على الزواج، بكرا كانت أو ثيبا، قاصرة أو بالغة، ومعالجة "مشكلة العضل" بنص واضح يفرق بين العضل الذي يجب منعه ورفعه، وبين حق الولي في الاعتراض على زواج موليته المكلّفة البكر من خاطب لا يناسبها.

2 – وضع نصوص قانونية جديدة، تحمي الأسرة وتزجر الطرف المخالف لقواعد قانون الأسرة بوجه عام، وتردع الولي المتعسف في استعمال سلطة ولايته، على المولى عليها، إجبارا وعضلا، بوجه خاص.

3 – تعديل النظام القضائي الجزائري في اتجاه الاختصاص القضائي والعمل بنظام "محاكم الأحوال الشخصية" أو على الأقل، بنظام "قاضي الأحوال الشخصية" حيث يصاحب هذا التعديل جملة من التدابير، أهمها:

أ – الاهتمام بتكوين القاضي المكلف بالأحوال الشخصية والفصل في منازعات الأسرة، تكوينا عاليا ومتكاملا من الناحيتين الشرعية والقانونية، تناسب طبيعة قانون الأسرة، وتحقق مقاصده.

ب – إصدار قانون إجراءات يتلائم وخصوصية العلاقات الأسرية القائمة على أساس الزوجية، وعلاقة القرابة.

جـ – إحداث وظيفة جديدة داخل المحاكم والمجالس القضائية، مهمتها إرشاد المتقاضين وتبصيرهم بحقوقهم المشروعة، وكيفية الوصول إليها، خاصة في جانب المرأة التي غالبا ما تكون الطرف الضعيف في النزاع، ولنسمِّ هذه الوظيفة على سبيل المثال "مرشد الأسرة"، "مرشدة الأسرة" على أن يكون القائم على هذه الوظيفة، رجلا كان أو امرأة، مؤهلا لذلك، متزوجا، وملما بجملة من العلوم والمعارف، في مقدمتها الضروري من علوم الشريعة، الإلمام بالقواعد القانونية اللازمة، مبادئ علم الاجتماع، وعلم النفس والتربية... وغيرها.

4 – العمل على رفع مستوى وعي المرأة بحقوقها الشرعية والقانونية في مجال الزواج وبناء الأسرة، وذلك وفق برنامج مدروس وهادف، خارج نطاق المحاكم والمجالس القضائية. ومن أهم وسائل رفع هذا المستوى عند المرأة، يأتي دور المسجد، ووسائل الإعلام المختلفة، وإصدار فتاوى واضحة وفاصلة في القضايا الهامة في حياة الأسرة، كقضيتي الإجبار والعضل. كما يجب تأكيد دور الأئمة والقائمين على عقود الزواج (الفاتحة) في تحري رضا الفتاة المقبلة على الزواج، وتنبيه الأولياء وإرشادهم إلى ضرورة احترام رغبة الفتاة في الزواج، طاعة لله وعملا بشريعته.

5 – حث الفتاة المسلمة على رفع صوتها عاليا في وجه الظلم المسلط عليها في مجال اختيار شريك الحياة، وعدم السكوت عن الممارسات الجاهلية التي تستهدف كرامتها وأنوثتها، ولو كان الخصم هو الولي الأقرب، أي الأب.

6 – هذا، ومن خلال قراءاتي المختلفة في موضوع هذه الرسالة، تعرضت لجملة من الأفكار والمواضيع ذات أهمية بالغة من الناحيتين الفقهية والواقعيــة، وهــي فــي تقديري جديرة بأن تشكل مواضيع أبحاث أكاديمية مستقلة، أهمها موضــوعان: الأول: موضوع العملية الجراحية المستحدثة التي تستهدف ترقيع غشاء البكارة الممزق عنــد الفتاة غير المتزوجة، لأسباب مختلفة، ومدى تأثير هذه العملية في الكثير من الأحكــام الشرعية، وفي مقدمتها التأثير في المفهوم التقليدي للبكارة والثيوبة وما ينبني عليها من أحكام.

الثاني: موضوع "الخنثى المشكل" باعتباره واقعا اجتماعيا معيشا، وفي الوقت ذاته موضوعا قلما يُتعرض له لكونه موضوعا حسَّاسًا « يخــدش الحيــاء العــام والآداب العامة... » ولكن ما ينبغي أن نعرفه كذلك بشأن "الخنثى المشكل" أنه في الكثيــر مــن الحالات، يعتبر بوابة مباشرة للعلاقات الجنسية الشاذة، كاللواط والسحاق، وذلك بسبب ما يشعر به هذا الأخير من انجذاب جنسي غير طبيعي، الأمر الذي دفع بعدد من الدول الغربية إلى إباحة الزواج بين شخصين من الجنس نفسه ومباركتــه، وتقنــين الــشذوذ الجنسي وحمايته.

ومن منطلق شرعي نتساءل: هل "الخنثى المشكل" وما يترتب عليه مــن شــذوذ جنسي، يعتبر حالة مرضية يجب معالجتها؟ أم أنه انحراف وجريمــة أخلاقيــة يجــب ردعها ومحاربتها؟ ثم، أليس من حق "الخنثى المشكل" أن يتزوج ويكوّن أســرة؟ ففــي هذه الحالة، على أي أساس يتم تحديد جنسه؟ وكيف تعرف علامات بلوغه؟ وماذا عــن زواجه وطلاقه وميراثه...؟!.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

قائمة المصادر والمراجع

أولا – القرآن الكريم وعلومه:

1. **ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله**، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، ط 3، 1972.
2. **ابن كثير، إسماعيل بن عمر**، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، (د.ب)، ط 2، 1999.
3. **الجصاص، أبو بكر بن علي (الرازي)**، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1405هـ.
4. **الصابوني، محمد علي**، روائع البيان، تفسير آيات الأحكام، مكتبة رحاب، الجزائر، ط 4، 1990.
5. **القرطبي، محمد بن أحمد**، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ط)، 2003.
6. **الواحدي، علي بن أحمد**، أسباب النزول، مؤسسة الحلبي وشركاؤه، القاهرة، (د.ط)، 1968.

ثانيا – الحديث الشريف وعلومه:

1. **ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد**، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة، (د.ن.ب.ط.س).
2. **ابن الصلاح، عثمان بن عبد الرحمان**، مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث، مكتبة الفارابي، (د.ب)، ط 1، 1984.
3. **ابن أنس، مالك**، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، (د.ب)، ط 1، 2004.

4. **ابن حبان، محمد أبو حاتم**، صحيح بن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993.
5. **ابن حجر، أحمد بن علي**، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، (د.ط.س).
6. ــــــــــــــــ، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، 1998.
7. ــــــــــــــــ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مكتبة الصفا، القاهرة، ط1، 2003.
8. **ابن حنبل، أحمد**، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1999.
9. **ابن ماجة، محمد بن يزيد**، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، والأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، دار الفكر، بيروت، (د.ط.س).
10. **أبو داود، سليمان بن الأشعث**، سنن أبي داود، دار الجيل، بيروت، (د.ط)، 1992.
11. **الألباني، محمد ناصر الدين**، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1985.
12. ــــــــــــــــ، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف، الرياض، (د.ط)، 1995.
13. ــــــــــــــــ، صحيح أبي داود، مؤسسة غرّاس للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 2002.
14. ــــــــــــــــ، ضعيف وصحيح سنن الترمذي، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية المجاني، من إنتاج مركز نور الإسلام، لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

15. ــــــــــــــــــــ، ضعيف وصحيح سنن النسائي، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية المجاني، من إنتاج مركز نور الإسلام، لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.
16. **الباجي، سليمان بن خلف،** المنتقى شرح الموطأ، دار الكتب الإسلامية، (د.ب.ط.س).
17. **البيهقي، أحمد بن الحسين،** سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، (د.ط)، 1994.
18. **التبريزي، محمد بن عبد الله،** مشكاة المصابيح، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1985.
19. **الترمذي، محمد بن عيسى،** الجامع الصحيح، المسمى بسنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، والأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط.س).
20. **الحاكم، محمد بن عبد الله،** المستدرك على الصحيحين، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ومع الكتاب تعليقات الذهبي في التلخيص والميزان، والعراقي في أماليه، والمناوي في فيض القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990.
21. **الخطيب، محمد عجاج،** الموجز في أحاديث الأحكام، المطبعة الجديدة، دمشق، (د.ط.)، 1976.
22. **الدارقطني، علي بن عمر،** سنن الدارقطني، تحقيق: عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1996.
23. **الزيلعي، عبد الله بن يونس،** نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ط 1، 1997.
24. **الشوكاني، محمد بن علي،** نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 2005.

25. **الصنعاني، محمد بن إسماعيل**، سبل السلام شـــرح بلـــوغ المـــرام، دار الجيـــل، بيروت، (د.ط.س).
26. **عوامة، محمد**، أثر الحديث الشريف في اختلاف الأئمة الفقهاء رضي الله عـــنهم، دار السلام، القاهرة، ط2، 1987.
27. **النسائي، أحمد بن شعيب**، سنن النسائي، شرح الحافظ جلال الـــدين الـــسيوطي، وحاشية الإمام السندي، اعتنى به ورقمه ووضع فهارسه: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط 4، 1994.
28. **النيسابوري، مسلم بن الحجاج**، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار التحديث، القاهرة، ط 1، 1991.

ثالثا – أمهات الفقه الإسلامي:

الفقه الحنفي:

1. **ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد**، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، (د.ط.س).
2. **ابن عابدين، محمد أمين بن عمر**، رد المحتار على الـــدر المختـــار، دار الفكـــر، بيروت، (د.ط)، 2000.
3. **ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم**، البحر الرائق شرح كنـــز الـــدقائق، دار الكتـــب العلمية، بيروت، ط 1، 1997.
4. **البرهانبوري، نظام الدين (وجماعة من علماء الهند)**، الفتاوى الهندية في مـــذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1991.
5. **الزيلعي، عثمان بن علي**، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإســـلامي، (د.ب.ط.س).
6. **السرخسي، محمد بن أحمد**، المبسوط، دار الفكر، بيروت، ط 1، 2000.
7. **الكاساني، أبو بكر بن مسعود**، بدائع الصنائع في ترتيـــب الـــشرائع، دار الكتـــب العلمية، بيروت، (د.ط.س).

8. **المرغيناني، علي بن أبي بكر**، الهداية، شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، (د.ب.ط.س).

الفقه المالكي:

1. **ابن أنس، مالك**، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوّخي، عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي، دار الحديث، القاهرة، (د.ط)، 2005.
2. **ابن رشد، محمد بن أحمد**، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط 6، 1982.
3. **الحطّاب، محمد بن عبد الرحمن**، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ط)، 2003.
4. **الخرشي، محمد بن عبد الله**، فتح الجليل على مختصر خليل المشهور بـ: الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار صادر بيروت، (د.ط.س).
5. **الدسوقي، محمد بن أحمد**، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1996.
6. **زروق، أحمد بن محمد**، شرح على متن رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مع شرح **الغروي**، قاسم بن عيسى، دار الفكر، بيروت، 1982.
7. **الصاوي، أحمد بن محمد**، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، (د.ب.ط.س).
8. **العدوي، علي الصعيدي**، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1412هـ.
9. **عليش، محمد بن أحمد**، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1989.
10. **المواق، محمد بن يوسف العبدري**، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1398هـ.

الفقه الشافعي:

1. **ابن حبيب، علي بن محمد**، الحاوي في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1994.
2. **الأنصاري، زكريا بن محمد**، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2000.
3. **الرملي، محمد بن شهاب الدين**، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (د.ب.ط.س).
4. **السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر**، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1996.
5. **الشافعي، محمد بن إدريس**، الأم، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1393هـ.
6. **الشربيني، الخطيب محمد بن أحمد**، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، (د.ط.س).
7. **قليوبي، أحمد بن أحمد، وعميرة، أحمد البرلسي**، حاشيتا قليوبي وعميرة، إشراف مكتب البحوث الإسلامية، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1995.

الفقه الحنبلي:

1. **ابن قدامة، عبد الله بن أحمد**، المغني، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1405هـ.
2. **ابن مفلح، إبراهيم بن محمد**، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ط)، 2003.
3. **البهوتي، منصور بن يونس**، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1402هـ.
4. **الزركشي، محمد بن عبد الله**، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
5. **المرداوي، علي بن سليمان**، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1419هـ.

6. **المروزي، إسحاق بن منصور**، مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط 1، 2002.

الفقه الظاهري:

1. **ابن حزم، علي بن أحمد**، المحلّى، دار الفكر، بيروت، (د.ط.س).

الفقه الإباضي:

1. **أطفيّش، محمد بن يوسف**، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدة، ط 3، 1985.

رابعا – أصول الفقه وقواعده:

1. **أبو زهرة، محمد**، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط.س).
2. **الجويني، عبد الله بن عبد الله**، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: الدكتور عبد العظيم محمود الديب، دار الوفاء، المنصورة، ط 4، 1418هـ.
3. **حيدر، علي**، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1991.
4. **الزحيلي، محمد**، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر ، دمشق، ط 1، 2006.
5. **زيدان، عبد الكريم**، الوجيز في علم أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1994.
6. **شعبان، زكي الدين**، أصول الفقه الإسلامي، دار القلم، بيروت، ط 3، 1974.
7. **الشوكاني، محمد بن علي**، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1999.
8. **علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد**، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1997.

9. **الغزالي، محمد بن محمد**، المستصفى من علم الأصول، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1997.
10. **القرافي، أحمد بن إدريس**، الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، 1998.

خامسا – المراجع العامة:

1. **ابن القيم، محمد بن أبي بكر**، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مراجعة، تقديم وتعليق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، (د.ط.س).
2. ________، زاد المعاد في هدى خير العباد، تحقيق وتخريج وتعليق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 29، 1996.
3. **ابن تيمية، أحمد**، مجموعة الفتاوى، مكتبة العبيكان، الرياض، ط 1، 1998.
4. **ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد**، المقدمة (مقدمة كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر)، دار ابن الهيثم، القاهرة، ط 1، 2005.
5. **ابن منظور، محمد بن مكرم**، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2005.
6. **أبو زهرة، محمد**، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 3، 1957.
7. ________، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1976.
8. ________، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط.س).
9. **أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم**، منهج البحث في الفقه الإسلامي، خصائصه ونقائصه، دار ابن حزم، ط 1، 1996.
10. **أبو صفية، فخري**، الإكراه في الشريعة الإسلامية، شركة الشهاب، الجزائر، (د.ط.س).

11. **أحمد شلبي**، كيف تكتب بحثا أو رسالة، دراسة منهجية لكتابة البحـوث وإعـداد رسائل الماجستير والدكتوراه، (د.ن.ب.ط.س).
12. **الأحمدي، محمد أبو النور**، منهج السنة في الزواج، دار السلام، القـاهرة، ط 3، 1988.
13. **البار، محمد علي**، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، ط 5، 1984.
14. **بدران، أبو العينين بدران**، الشريعة الإسلامية: تاريخها ونظرية الملكية والعقـود، مؤسسة شهاب الجامعة، الإسكندرية، (د.ط.س).
15. **البعلي، عبد الحميد محمود**، ضوابط العقود، دراسة مقارنـة فـي الفقـه الإسـلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 1، (د.س).
16. **البهنساوي، سالم**، قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلمـاء، دار القلـم، الكويت، ط 2، 1984.
17. **التركماني، عدنان خالد**، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الـشروق، جـدة، ط 1، 1981.
18. **جعفور، محمد سعيد**، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومـة، الجزائـر، ط 17، 2009.
19. **حسين، أحمد فراج**، أحكام الزواج في الـشريعة الإسـلامية، الـدار الجامعيـة، (د.ب.ط)، 1988.
20. ______________، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقـه الإسـلامي، الملكيـة ونظرية العقد، الدار الجامعية، بيروت، (د.ط)، 2001.
21. **حمد، أحمد**، الأسرة: التكوين، الحقوق والواجبات، دراسة مقارنة فـي الـشريعة والقوانين، دار الكتب الجامعية، طنطا، ط 2، 1986.
22. **الخفيف، علي**، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 3، (د.س).
23. **الدريني، فتحي**، النظريات الفقهية، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق، (د.ط)، 1982.
24. **الزحيلي، وهبة**، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1985.
25. **الزرقاء، مصطفى أحمد**، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 1، 1998.

26. **السباعي، مصطفى**، شرح قانون الأحوال الشخصية (السوري)، دار الورّاق، بيروت، ط 9، 2001.
27. **سعد، عبد العزيز**، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 3، 1996.
28. **السنهوري، عبد الرزاق**، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د.ط)، 1998.
29. **شلبي، محمد مصطفى**، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، ط 4، 1983.
30. ـــــــــــــــ، المدخل إلى الفقه الإسلامي، تعريفه، تاريخه ومذاهبه، نظرية الملكية والعقد، ط 10، الدار الجامعية، بيروت، 1985.
31. **الشماع، محمد**، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، دمشق، ط 1، 1995.
32. **شقْرة، عيسى زكي محمد**، الإكراه وأثره في التصرفات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1987.
33. **الصابوني، عبد الرحمن**، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1، 1987.
34. **عبد العال، إسماعيل سالم**، البحث الفقهي، طبيعته، خصائصه، أصوله، مصادره، مع المصطلحات الفقهية في المذاهب الأربعة، مكتبة الزهراء، القاهرة، ط 1، 1992.
35. **عزمي، ممدوح**، الزواج العرفي. أركانه، شروطه وآثاره، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 1996.
36. **العطار، عبد الناصر توفيق**، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، (د.ط.س).

37. **الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب**، القاموس المحيط، دار الكتاب الحديث، بيــروت، ط 1، 2004.
38. **الفيومي، أحمد بن محمد**، المصباح المنير في غريب الــشرح الكبيــر، المكتبــة العلمية، بيروت، (د.ط.س).
39. **منصور، أحمد خالد**، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء فــي الفقــه الإســلامي، دار النفائس، الأردن، ط 2، 1999.
40. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.
41. **الناهي، صلاح الدين**، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعــة أسعد، بغداد، (د.ط)، 1968.
42. **وحيد الدين سوار**، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 1979.
43. **ياسين، محمد نعيم**، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط 2، 1999.

سادسا – المراجع الخاصة (البحوث):

1. **ابن حوى، الأكحل**، نظرية الولاية في الزواج، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، (د.ط)، 1982.
2. **أبو السعد، محمد شتّا**، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة (د.ط)، 1981.
3. **البطراوي، عبد الوهاب عمر**، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، دار الصفوة، (د.ب)، ط 1، 1991.
4. **بلباقي، عبد المؤمن**، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط 1، 2000.

5. **الجبوري، حسن خلف**، عوارض الأهلية عند الأصوليين، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط 1، 1988.
6. **الخطيب، يحي عبد الرحمان**، أحكام المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، ط 1، 1999.
7. **الخن، مصطفى سعيد**، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1981.
8. **الرافعي، سالم بن عبد الغني**، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 2002.
9. **الريسوني أحمد**، نظرية المقاصد عند الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، توزيع المكتبة السلفية، الرباط، ط 1، 1990.
10. **سوار، محمد وحيد الدين**، الشكل في الفقه الإسلامي، دراسة موازية، مطابع معهد الإدارة العامة، العربية السعودية، ط 1، 1985.
11. **الشيخ أسامة عبد العليم**، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د.ط)، 2007.
12. **الشيخ، عبد الفتاح حسيني**، الإكراه وأثره في الأحكام الشرعية، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، ط 2، 1992.
13. **عيسى، محمد جمال عطية**، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1994.

سابعا – كتب التراجم:

1. **ابن فرحون، إبراهيم بن نور الدين (المالكي)**، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دراسة وتحقيق: مأمون بن محي الدين الجنّان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1996.

2. **الذهبي، محمد بن أحمد**، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، أشرف على تحقيق الكتاب وخرّج أحاديثه شعيب الأرنؤوط، ط 3، 1985.
3. **الزركلي، خير الدين**، الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، ط 15، 2002.
4. **السبكي، عبد الوهاب بن علي**، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، (د.ب)، ط 1، 1964.
5. **كحالة، عمر رضا**، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1993.

ثامنا – المقالات:

*** – باللغة العربية:**

1. **تناغو، سمير عبد السيد**، "اصطلاح الأحوال الشخصية"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد 4، 1969.
2. **حنفي، محمد الحسيني**، "تقنينات الأحوال الشخصية في الجزائر"، مجلة العلوم القانونية، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد 2، 1974.
3. **الشيخ، أسامة عبد العليم**، "البلوغ وأثره في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة"، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، طنطا، العدد 21، 2006.
4. **صوفي، عبد القادر بن محمد**، "العقل: تعريفه، منزلته، مجالاته ومداركه"، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 79، 1427هـ.
5. **الضويحي، علي بن سعد**، "العقل عند الأصوليين، عرض ودراسة"، مجلة جامعة أم القرى، العدد 20، 1999.
6. **فرحات، محمد إسماعيل**، "أضواء على حرية المرأة في عقد النكاح"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد1، 1991.

*** – باللغة الفرنسية:**

1. **FULCHIRON (Hugues),** "Le mariage a l'heure espagnol (réflexions sur la mariage homosexuel en Europe)", Revue, droit de la famille, jurisclasseur, N° 6, Juin 2005.
2. **HAMDANE (Leila),** "Les difficultés de codification du droit de la famille algérien", revue internationale de droit comparé, CNRS, France, N° 1, 1985.
3. **LARRIBEAU TERNEYRE (Virgine),** "Le mariage, un peu, beaucoup… de plus en plus institution d'ordre public ?", revue droit de la famille, N° 6, Juin 2006.

تاسعا – الرسائل الجامعية:

1. **التندي، محمد إبراهيم حسن،** نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، نوقشت في كلية الحقوق، جامعة القاهرة، جوان 1983.
2. **حسين، أحمد فراج،** الولاية على النفس، رسالة دكتوراه، نوقشت في كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1990.
3. **عاشور، بشير يوسف مصطفى،** حقوق المرأة في التشريع الإسلامي مقارنا بالشرائع الأخرى، رسالة دكتوراه نوقشت في كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1974.
4. **قحطان، عبد القادر محمد،** السكوت المعبر وأثره في التصرفات، دراسة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، نوقشت في كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1991.
5. **القرة داغي، علي محي الدين،** مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، نوقشت في كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1985.
6. **القزويني، جودت كاظم،** الأحكام المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، نوقشت في كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1981.

عاشرا – مراجع باللغة الفرنسية:

1. **ATIAS (Christian),** Le droit civil, PUF, Paris, 4ème éd, 1993.

2. **BEN MELHA (Ghouti),** Le droit algérien de la famille, OPU, Alger, 1er éd, 1993.
3. **BOUTAMMINA (Nas e)**, La shari`a, prototype du droit français. Le "Code Napoleon", Dar al-Bouraq, Beyrouth, 1er éd, 2006.
4. **CARBONNIER (Jean),** Droit civil, Introduction, P.U.F, 23ème éd., 1995.
5. **CORNU (Gérard),** Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, éd. Montchrestien, 8ème éd., 1997.
6. **DE BELLEFONS (Lynant),** Traite de droit musulman comparé, mouton, Paris, 1965.

حادي عشر – النصوص القانونية:

*** – باللغة العربية:**

1. دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996. (نشر في ج.ر.ج.ج، عدد 76، مؤرخ في 08 ديسمبر 1996).
2. المشروع التمهيدي لقانون الأحوال الشخصية، مديرية البحث بوزارة العدل، 1981.
3. مشروع ق.ع.م.أ.ش، ومذكرته التوضيحية، 1982 (نشر في المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 2، 1985).
4. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني (نشر في ج.ر.ج.ج، عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975).
5. أمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرّم 1426 هـ، الموافق 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ، الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة (نشر في ج.ر.ج.ج، عدد 15، الصادر بتاريخ 18 محرّم 1426 هـ، الموافق 27 فبراير 2005.

6. قانون رقم 2006-399، مؤرخ في 04 أفريل 2006، المتضمن تعديل المادة 144 من التقنين المدني الفرنسي (نشر في ج.ر.ج الفرنسية الصادرة بتاريخ 05 أفريل 2006).

*** - باللغة الفرنسية:**

1. Code civil Français, éd Dalloz, 110ème éd, 2010.

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة ورقم الآية	الصفحة
﴿ احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ ﴾	الصافات: 22	15
﴿ أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الأَرْضِ فَتَكُونَ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ... ﴾	الحج: 46	50
﴿ أَفَمَنِ اتَّبَعَ رِضْوَانَ اللَّهِ كَمَنْ بَاءَ بِسَخَطٍ مِنَ اللَّهِ... ﴾	آل عمران: 162	22
﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾	النساء: 58	160
﴿ ... حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً... ﴾	الأحقاف: 15	82
﴿ ذَلِكَ بِأَنَّهُمُ اتَّبَعُوا مَا أَسْخَطَ اللَّهَ وَكَرِهُوا رِضْوَانَهُ... ﴾	محمد: 28	22
﴿ فَلْيَنْظُرِ الإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ۞ خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ ﴾	الطارق: 5–6	61، 66
﴿ قُلْ هُوَ الَّذِي أَنْشَأَكُمْ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالأَبْصَارَ وَالأَفْئِدَةَ... ﴾	الملك: 23	50
﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ... ﴾	النساء: 6	55
﴿ وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا... ﴾	النور: 59	54، 60
﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ... ﴾	البقرة: 232	157، 158، 160، 168
﴿ وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ ﴾	التكوير: 7	15
﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ ﴾	المؤمنون: 8	11
﴿ وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ... ﴾	النور: 32	17
﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً... ﴾	الإسراء: 34	11
﴿ ... وَأُولاَتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ... ﴾	الطلاق: 4	66
﴿ وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ... ﴾	الإسراء: 34	82
﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً... ﴾	الرعد: 38	1
﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ... ﴾	الإسراء: 70	19
﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا... ﴾	الروم: 21	1، 16

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآثار

فهرس أسماء الأعلام

19	ابن جزيء، محمد بن أحمد	125
20	ابن حبيب، عبد الملك	133
22	ابن حبيب، علي بن محمد	134، 162، 166
23	ابن حجر، أحمد بن علي	7، 12، 38، 69، 114، 117
24	ابن حزم، على بن محمد	11، 42، 43، 45، 47، 105، 112، 126، 129
25	ابن حنبل، أحمد	67، 105، 178
26	ابن حواء، الأكحل	18
27	ابن حيان، محمد بن أحمد	169
28	ابن خزيمة، أبو بكر	81
29	ابن خلدون، عبد الرحمان بن محمد	169
30	ابن رشد، محمد بن أحمد	122، 145، 147، 160، 163، 178
31	ابن عابدين، محمد أمين بن عمر	44، 59، 82، 100، 103، 106، 121، 139
32	ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله	127
33	ابن عبد السلام، محمد	167
34	ابن عوانة،	169
35	ابن قدامة، عبد الله بن أحمد	11، 41، 46، 57، 59، 62، 65، 69، 75، 77، 78، 79، 84، 101، 102، 103، 105، 110، 111، 114، 118، 125، 127، 129، 130، 135، 137، 138، 141، 163، 170
36	ابن كثير، إسماعيل بن عمرو	159
37	ابن ماجة، محمد بن يزيد	1، 45، 137، 149، 169
38	ابن معين، يحيى	163
39	ابن مفلح، إبراهيم بن محمد	67، 124، 170

فهرس

الفصل الثاني

ملخص الرسالة

إن فضل السبق في إرساء مبدأ الرضا في العقود بوجه عام وفي عقد الزواج بوجه خاص، إنما يعود للشريعة الإسلامية الغراء التي أصّلت لهذا المبدأ منذ نشأتها، وذلك من خلال ما أقرّته من مبادئ تشريعية عامة، منها:

الأصل في العقود الإباحة، اتساع دائرة الاشتراط في العقود، والأصل في العقود الرضائية.

وحماية لمبدأ الرضا في العقود، نصّت الشريعة على عيوب تؤثر في رضا المتعاقدين تأثيرا تصاعديا، هي: الغلَطُ ثم الخِلابة (التدليس)، ثم الإكراه.

إنّ الإكراه باعتباره « تهديد شخص بوسيلة مرهبة تحمل على القيام بتصرف تعاقدي معين دون رضاه »، يعتبر أشدّ هذه العيوب وأعنفها.

وبناء على حقيقة الإكراه وطبيعته، اعتبر الفقهاء عقد المكره باطلا عملا بما صحّ عن النبي ﷺ أنه قال: « **إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** ».

والزواج من منظور الشريعة الإسلامية، عقد رضائي كغيره من العقود، لا ينعقد صحيحا إلا إذا تم على أساس التراضي التام بين طرفيه.

وإذا كان اشتراط رضا الرجل في عقد الزواج مسألة محسومة شرعا، فإنّ رضا المرأة فيه، مسألة تتنازعها آراء فقهية من جهة، وتؤثر فيها أعراف وعقليات فاسدة من جهة أخرى.

غير أنه بتتبع الآراء الفقهية المختلفة في المسألة واستقصائها، ومناقشة أدلتها، يتبين ما يلي:

أولا – إنّ الفتاة متى كانت عاقلة بالغة، مكلفة بلغة علم الأصول، فإنّ تصرفاتها التعاقدية لا تصح إلا برضاها، وأنّ بلوغها يعرف بظهور علامات طبيعية فيها، هي: الإنزال، الحيض، الحمل والإنبات.

أما إن تعذّر ظهور إحدى هذه العلامات فيها، فإنّ بلوغها يعرف تقديرا بالسن، وهي خمس عشرة سنة كاملة، على رأي جمهور الفقهاء.

ثانيا – لا يحق لأحد، شرعا، أن يزوج المكلفة، بكرا كانت أو ثيبا، بغير رضاها. لأن إجبارها على الزواج يعتبر لونا من ألوان اغتصاب جسدها وأنوثتها. ولذلك اعتبر الفقهاء عقد زواج المجبرة المكلفة عقدا باطلا لا ينتج أي أثر من آثار العقد الصحيح.

إنّ هذا الاتجاه الفقهي قال به فقهاء الحنفية، والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه. ورجّحه فقهاء كبار أمثال شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وابن رشد المالكي، وغيرهم.

ومستند هؤلاء الفقهاء، ما صحّ عن النبي ﷺ من أحاديث في الموضوع، منها:

1 – عن أبي هريرة (ض) أن النبي ﷺ قال: « **لا تنكح الأيّم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن – قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت** ».

2 – عن ابن عباس (ض) أن رسول الله ﷺ « **ردّ نكاح بكر وثيب أنكحهما أبوهما وهما كارهتان فردّ النبي ﷺ نكاحهما** ».

3 – حديث خنساء بنت خذام الأنصارية التي زوجها أبوها وهي كارهة فردّ النبي ﷺ نكاحها وقال: « **هي أولى بأمرها ألحقوها بهواها** ».

أما قانون الأسرة الجزائري، فإنه لم يذهب بعيدا عن هذا الاتجاه الفقهي الراجح، حيث، وبمقتضى التعديل الذي طرأ عليه سنة 2005، نصّ في المادة الثالثة عشر منه (م13) على أنه: « لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ».

إنّ هذه المادة، وإن اقتصرت على ذكر عدم جواز إجبار القاصرة، فإنّ ذلك يدلّ على عدم جواز إجبار المكلفة الراشدة بطريق الأولى.

ثالثا – إنّ الأعراف والعقليات الفاسدة، والأنانية المفرطة، كثيرا ما تدفع الولي للاعتراض على زواج من هي في ولايته من شخص كفء صاحب دين وخلق، دون أدنى اعتبار لمشاعرها وميولها. وهذا ما يسمى بلغة الفقه: العضل في الزواج.

والعضل – باعتباره: « منع العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه » – تصرف نهى عنه القرآن، والسنة، وحرمه الفقهاء.

أما القرآن فإنّه حرم العضل بقوله تعالى: ﴿ ... **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...** ﴾. وأما السنة، فقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: « **إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوّجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض** ».

أما العلماء، فإنهم اعتبروا العضل ظلما وعدوانا، من عمل الجاهلية. واعتبروا الولي الذي تكرر منه العضل فاسقا، تنتقل الولاية منه إلى القاضي، يزوج "المعضلة" وفقا للمبدأ الشرعي والقانوني « القاضي ولي من لا ولي له ».

أما قانون الأسرة الجزائري، فلم يتعرض لمسألة العضل، لا من قريب ولا من بعيد، حيث، وبمقتضى التعديل المذكور، فإنّ المشرع الجزائري قد ألغى المادة الثانية عشر (م 12) التي كانت تنص على أنه: « لا يجوز للولي أم يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون. غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت ».

وبناء على إلغاء هذه المادة، فلا يوجد اليوم في قانون الأسرة الجزائري أي نص قانوني يعالج "مشكلة العضل".

ولقد توصلت من خلال هذا البحث المتواضع إلى جملة من النتائج أهمها:

1 – إنّ الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج عقدا رضائيا بامتياز، لا ينعقد صحيحا إلا برضا الرجل والمرأة المقبلين عليه.

2 – إنّ إجبار المكلفة على الزواج، يعتبر لونا سافرا من ألوان اغتصاب جسد المرأة وأنوثتها بتواطؤ من الولي المجبر. ولذلك اعتبر الفقهاء زواج المكلفة – بكرا أو ثيبا – تحت طائلة الإجبار، عقدا باطلا لا ينتج أي أثر شرعي.

3 – إنّ العضل ظلم وعدوان، واعتداء على حق المكلفة الشرعي في اختيار شريك حياتها، ولذلك اعتبر الفقهاء العضل ظلما يجب رفعه وفقا للقاعدة الفقهية: « لا ضرر ولا ضرار ».

4 – إنّ موقف قانون الأسرة من الإجبار متوافق مع مقاصد الشريعة من تشريع الزواج ومتطابق مع الرأي الفقهي الراجح الذي يمنع الإجبار.

أما بشأن موضوع العضل، فإن قانون الأسرة الحالي قد خلا من أية معالجة له، وهذا يعتبر ثغرة في هذا القانون يجب سدّها.

ومن وحي هذه النتائج، تقدمت بجملة من الاقتراحات أذكر أهمها فيما يلي:

1 – ضرورة مراجعة قانون الأسرة الحالي، مراجعة تشمل كل أبوابه وفصوله بما في ذلك باب الميراث والوصية والهبة. كما ينبغي أن تشمل هذه المراجعة بعض تلك النصوص المعدلة سنة 2005 خاصة تلك المتعلقة بأركان الزواج.

2 – إنّ تعديل النصوص القانونية وحدها غير كافٍ لتحقيق مقاصد الشريعة من تشريع الزواج وبناء الأسرة. وعليه، ينبغي إعادة النظر في تكوين القاضي وتدعيمه، ووضع قواعد قانونية إجرائية تناسب خصوصية عقد الزواج وآثاره الخطيرة على الفرد والأسرة والمجتمع. ولا يتحقق ذلك، في تقديري، إلا بالسير والتوجه نحو إنشاء قضاء مختص بشؤون الأسرة.

3 – من خلال هذا البحث المتواضع، تعرّضت لبعض المسائل، هي – في تقديري – جديرة بأن تكون مواضيع لأبحاث أكاديمية مستقلة. تأتي في مقدمتها مسألتان:

1 – عملية رتق غشاء البكارة وأثرها في المفهوم التقليدي للبكارة.

2 – الخنثى المشكل ومركزه القانوني في المجتمع.

2 – Contraindre la femme en charge de mariage, est une forme flagrante de viol du corps et de la féminité de la femme avec la complicité du wali contraignant. Pour cela, les jurisconsultes considèrent le mariage de la femme en charge de se marier, vierge soit-elle, veuve ou divorcée, sous contrainte, comme un contrat nul qui n'entraîne aucun effet légal.

3 - L'empêchement est une injustice, une offense et une atteinte au droit légitime de la femme en charge de se marier, dans le choix de son future conjoint ; pour ceci, les jurisconsultes considèrent cet empêchement comme oppression à laquelle il faut mettre fin conformément à la règle juridique : « Ni dommage, ni préjudice » (La dharara wa la dhirar).

4 – Le code de la famille vis-à-vis de la contrainte est compatible avec les finalités du droit musulman concernant la législation du mariage, et est conforme avec l'avis doctrinal qui prohibe la contrainte.

En ce qui concerne l'empêchement, le code de la famille actuel est exempt de tout traitement de ce sujet, ce qui constitue une lacune dans ce présent code, qu'il faut combler.

S'inspirant de ces résultats, on a procédé à un ensemble de propositions dont les plus importantes, on cite :

1 – La nécessité de la révision du présent code de la famille dans la totalité de ses titres et ses chapitres y compris le titre des successions, le testament et la donation, ainsi que quelques textes amendés en 2005, notamment ceux concernant les éléments constitutifs du mariage

2 – L'amendement des textes juridiques à eux seuls, est insuffisant pour aboutir aux finalités du droit musulman portant sur la législation du mariage et le fondement de la famille ; d'où la nécessité de revoir et renforcer la formation du juge, et d'établir des bases juridiques procédurales convenables à la spécificité du contrat de mariage et ses retombées sur l'individu, la famille et la société. A notre avis, ceci ne peut être atteint que si l'on se dirige vers l'élaboration d'un judiciaire spécialisé dans les affaires de la famille.

3 - A travers ce modeste travail de recherche, on a abordé certaines questions qu'on estime susceptibles d'être sujets de recherches académiques indépendantes avec en tête deux problèmes :

1 - Réparation de l'hymen et son impact sur le concept traditionnel de virginité.

2 - l'hermaphrodite complexe et son statut juridique dans la société.

religieuse pratiquante et ayant des mœurs (moralité) sans tenir compte de ses sentiments et ses penchants. C'est ce qu'on appelle en doctrine (Al-Adhl) signifiant empêcher une femme de se marier sans raison valable.

Cet empêchement étant : « l'interdiction à la femme sensée, majeur, de se marier avec une personne qualifiée si elle le demande et si chacun d'eux désire l'autre », est une attitude proscrite par le sacré Coran et la sounna et est prohibée par les jurisconsultes. Le Coran l'a prohibé dans le verset : « Alors ne les empêchez pas de renouer avec leurs époux s'ils s'agréent l'un à l'autre et conformément à la bienséance » Al-Baqara : 232.

Aussi, il a été prouvé que le prophète (paix et salut de dieu soit sur lui) a dit : « Si quelqu'un de votre religion et qui est bien éduqué, se présente pour le mariage, ne le refusez pas, car si vous ne le faites pas, ce cera un désordre sur terre et une grande corruption ».

Quant aux savants, ils ont considéré l'empêchement comme étant une injustice, une offense et un acte antéislam, et le wali comme étant dissolu s'il répète l'empêchement, dissipé, et la tutelle passe alors au juge qui marie "l'empêchée" conformément au principe licite et légal : « le juge est wali pour celui qui n'en a pas ».

De son côté, le code de la famille n'a pas du tout abordé la question d'empêchement ; car, en vertu de la modification déjà citée, le législateur algérien a abrogé l'article 12 qui portait sur :

« Le tuteur matrimonial (wali) ne peut empêcher la personne placée sou sa tutelle de contracter le mariage si elle le désire et si celui ci est profitable. En cas d'opposition, le juge peut autoriser le mariage sous réserve des dispositions de l'article 9 de la présente loi.

Toutefois, le père peut s'opposer au mariage de sa fille vierge si tel est l'intérêt de la fille ».

En raison de l'abrogation du présent article, il n'ya actuellement, dans le code de la famille, aucun texte juridique traitant le "Problème d'empêchement du mariage".

De ce modeste travail de recherche, on aboutit à un en semble de résultats, notamment :

1 – Le droit musulman considère le mariage comme un contrat consensuel par excellence, n'est contracté valide que par consentement de l'homme et la femme qui le demandent.

Deuxièmement : Nul n'a licitement le droit de marier la femme en charge de mariage sans son consentement, vierge soit-elle, veuve ou divorcée ; car sa contrainte au mariage est considérée comme une forme de viol de son corps et de sa féminité. Pour cela, les jurisconsultes considèrent le contrat de mariage de la femme contrainte, en charge de se marier, comme contrat nul qui n'entraîne aucun des effets du contrat valide.

En ce sens légal, on relate les jurisconsultes Hanafites et l'Imam Ahmed dans l'une de ses deux citations, aussi, d'autres grands jurisconsultes tel que IBN TAÏMIYA, son disciple IBN EL QUAYIM ainsi qu'IBN ROCHD EL MALIKI et autres, l'ont fait prévaloir.

Ces jurisconsultes, se sont basés sur les ahadiths prononcés par le prophète (Prière et salut de Dieu soient sur lui), en occurrence :

1 – D'après ABI HOURAIRA, le prophète (paix et salut de Dieu soient sur lui) a dit : « La veuve ne se marie qu'avec son propre consentement, la vierge ne se marie qu'avec sa permission. On a dit : Messager de Dieu, comment est sa permission ? Il a dit : quand elle se tait ».

2 – D'après IBN ABBAS, le messager de Dieu (Paix et salut de Dieu soient sur lui) « A aboli le mariage d'une vierge et d'une veuve (ou divorcée) que le père a marié sous la contrainte.

3 – Le Hadith de KHANSAA BINT KHODHAM alansariya que le père a mariée sous coercition et le prophète a aboli ce mariage disant : « Elle est plus qualifiée pour décider et suivre son désir. Accordez lui ceci ».

Concernant le code de la famille algérien il n'a pas été si loin de ce sens doctrinal prévalu : Conformément à l'amendement de 2005, il a prévu dans l'article 13 que : « Il est interdit au tuteur matrimonial (Wali), qu'il soit le père ou autre, de contraindre au mariage la personne mineure placée sous sa tutelle, de même qu'il ne peut la marier sans son consentement.

Ce présent article, même s'il se contente de citer l'interdiction de la contrainte au mariage la personne mineure, Ceci prouve que l'interdiction de la contrainte au mariage vise, à priori, la personne majeure en charge de mariage.

Troisièmement : Souvent, les coutumes, les esprits viciés et l'extrême égoïsme poussent le wali à s'opposer au mariage de celle qui est sous sa tutelle avec la personne qui lui est convenable : Qualifiée,

RESUMÉ DE LA THÈSE

On doit au droit musulman (Chari'a) la préséance d'ancrer le principe de consentement des contrats en générale, et celui du mariage en particulier. Elle, depuis sa naissance, a enraciné ce principe en approuvant des principes législatifs généraux, entre-autres : A l'origine, les contrats sont tolérées ; l'extension de la sphère des clauses dans les contrats ; et à l'origine, les contrats sont consensuels.

Pour protéger le principe de consentement dans les contrats, Le droit musulman (Chari'a) a prévu des vices qui ont une influence croissante sur le consentement des parties contractantes et qui sont : La faute, puis le dol ; ensuite la contrainte. Cette dernière est considérée comme la plus accrue et la plus violente étant « La menace d'une personne à l'aide d'un moyen terrifiant le poussant à procéder à une certaine attitude contractuelle sans son consentement ».

En raison de la réalité et la nature de la contrainte, les jurisconsultes ont considéré le contrat du contraint comme nul, conformément à ce qui a été prononcé parle prophète (Paix et salut de Dieu soient sur lui) : « Allah ne serve pas les individus de ma nation pour l'erreur, l'oubli et ce dont ils sont contraints ».

Pour le droit musulman, le mariage est, comme tout autre contrat, un contrat consensuel, ne se contracte valide que s'il est basé sur le consentement mutuel des deux parties.

Si la condition de consentement de l'homme est licitement tranchée, le consentement de la femme est toutefois une question partagée entre l'avis des jurisconsultes d'une part, et l'influence des coutumes et des esprits viciés, d'autre part.

Cependant, tout en suivant et en explorant les différents avis légaux sur cette question, puis en discutant leurs preuves, il en découle :

Premièrement : La fille, à partir du moment qu'elle est sensée, majeure et en charge de mariage, son attitude contractuelle n'est validée qu'avec son consentement. Sa maturité est identifiée par l'apparition de signes biologiques naturels : La maturité sexuelle, les menstrues, la grossesse et la germination de poils autour du sexe.

Si l'apparition de l'un de ces signes s'avère impossible, sa maturité est identifiée par estimation de l'âge qui est selon la majorité des jurisconsultes, énumérée de quinze ans révolus.

Université d'Alger (I)
Faculté des sciences islamiques
Département de chari'a et de droit

Le consentement de la femme majeure au mariage en droit musulman et le code de la famille algérien

Présenté par :
KADI Said

Dirigé par :
P^r BELGACEM Arab

Membres du Jury

P^r BOUZIDI Kamel...Président
P^r BELGACEM Arab...Promoteur
D^r BOUHAMZA Nour-eddine..Membre
D^r BOULEDHNINE Ahmed...Membre

Année universitaire :
1431 – 1432 H / 2010 – 2011 C

Université d'Alger (I)
Faculté des sciences islamiques
Département de chari'a et de droit

Le consentement de la femme majeure au mariage en droit musulman et le code de la famille algérien

Thèse pour l'obtention de magistère en sciences islamiques
option: Oussoul El-Fiqh

Présenté par:
KADI Said

Année universitaire :
1431 – 1432 H / 2010 – 2011 C